

# OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA LIVRE INICIATIVA E O AMADURECIMENTO NO DIREITO CONCORRENCIAL E SOCIETÁRIO BRASILEIRO

*Paulo Freitas Henrique de Souza*

Advogado.

## I. EQÜIDADE

A sociedade deste terceiro milênio é, sem dúvida, muito diferente da que passou do século XIX para o XX, onde o acervo de dados e contratos proporcionados pela Internet aproximaram os instrumentos de informação e comunicação. Somente para se ter idéia, em 1960, com um cabo transatlântico, poderiam ser realizadas 138 comunicações telefônicas concomitantes, enquanto que, em 1995, com cabo de fibra ótica, permitia-se a transmissão de um milhão e meio de ligações telefônicas ao mesmo tempo; em 1998, 140 milhões acessavam a rede Internet e, no início de 2001, internautas em todo o mundo já superava a marca dos 700 milhões.

O Século XXI traz a sensação de que está se tentando resgatar a eqüidade nas relações pessoais, contratuais, e com isto, ensejando mudanças rápidas nas regras sociais. A eqüidade era adotada como prioritária até o Código Civil Napoleônico – 1804 – que, aliás, este ano, completa seu segundo centenário, quando, com sua edição, deu lugar à codificação positivada, estando o juiz obrigado a decidir no estrito cumprimento da norma.

A busca de várias maneiras, de se resgatar a eqüidade atribuída aos magistrados <sup>1</sup>, antes do código napoleônico, cuja atual sobrecarga de regulamentação

positivada tem levado os nossos aplicadores do Direito à equidade processual<sup>2</sup>, e não à equidade natural ou à justiça social<sup>3</sup>. Álvaro Villaça Azevedo diz que a “essa igualdade e equilíbrio, nas relações jurídicas, são tão importantes, que, entre os romanos, Celso conceituou o Direito como ‘a arte do bem e da equidade’...”<sup>4</sup>.

Sempre esteve evidente no direito ocidental que a equidade está no centro do direito, fato este facilmente comprovado por inúmeras frases em que ela é citada com veemência: “A equidade não é senão o direito que a lei não ordenou por escrito. ... O direito civil é a equidade constituída para os que são da mesma cidade (Estado) para obterem o que é seu. ... É équo que ninguém se locuplete com detrimento de outrem. ... A equidade sugere isso, ainda que o direito seja omissor. ... Pareceu bem que em todas as coisas fosse preferível a ação da justiça e da equidade à do direito estrito. ... Igualdade se deve conservar em tudo, principalmente em juízo. ... A propositura da causa se funda na equidade. ... As coisas que são contra a estabilidade do direito, assim o exigendo a utilidade, são conhecidas apenas por equidade. ... Só a nós é lícito e necessário ver a interpretação estabelecida entre a equidade e o direito. ... O homem deve seguir a equidade da lei, não a da própria cabeça. ... A equidade acompanha a lei”<sup>5</sup>.

Essa busca incansável da equidade nunca deixou de existir, apenas cedeu espaço ao positivismo<sup>6</sup>, muitas vezes interpretado de forma equivocada, e, com isto, deixando o juiz de aplicá-la. Em outras palavras, enaltecendo o rigorismo

---

1 Aristóteles – Ética a Nicômaco, pág. 144, editora edipro, tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini, 1ª ed., 2002, Bauru, SP, “esta é a razão porque quando ocorrem disputas os indivíduos recorrem a um juiz. Dirigir-se a um juiz é dirigir-se à justiça pois o juiz ideal é, por assim dizer, a justiça personificada. E também os homens necessitam de um juiz para que este seja um elemento mediano, pelo que, efetivamente, em alguns lugares eles são chamados de mediadores, pois pensam que se eles atingem a mediana na medida em que o juiz é um meio (intermediário) entre os ligantes”.

2 Paulo Nader in Curso de Direito Civil – editora Forense – Rio de Janeiro – 2003 – pág. 96, entende que a equidade é o “...recurso técnico de aplicação do Direito, destinado a situar a decisão judicial no prumo da justiça. É tarefa que exige sensibilidade e experiência do aplicador, pois, ao decidir por equidade, de certa forma desenvolve tarefa análoga à do legislador. *Justiça do caso concreto* – eis de idéia nuclear deste valioso instrumento”.

3 Celso Ribeiro Bastos, in Comentários a Constituição do Brasil - Obra em parceria com Ives Gandra da Silva Martins – p. 18, “A nosso ver não existe uma contradição visceral entre essas idéias. É certo que jogadas a si mesmas as forças da produção podem caminhar num sentido inverso ao da justiça, contudo, ainda assim, os Estados que mais têm avançado na melhoria da condição humana são justamente aqueles que adotam a liberdade de iniciativa. Ao Estado pode caber um papel redistribuidor da renda nacional. E é até indispensável que ele o exerça. O que não é aceitável é ver-se uma contradição entre a liberdade de iniciativa e a justiça social a ponto de se afirmar que esta última só é atingível na medida em que se negue a primeira. A justiça social consiste na possibilidade de todos contarem com o mínimo para satisfazerem as suas necessidades fundamentais, tanto físicas quanto espirituais, morais e artísticas”.

4 Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos – Álvaro Villaça Azevedo – editora Atlas – São Paulo – 2002 – pág. 27.

5 O Direito entre a Modernidade e Globalização: lições de filosofia do direito e do Estado / André-Jean Arnaud: tradução de Patrice Charles Guillaume – Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

6 O termo positivismo não é, sabidamente, unívoco. Ele designa tanto a doutrina de Auguste Comte, como também aquelas que se ligam à sua doutrina ou a ela se assemelham. Comte entende por ‘ciência positiva’ coordination de

formal em detrimento da eqüidade. Para Miguel Reale: “A primeira grande mente que dedicou a devida atenção a esse problema foi Aristóteles. Já encontramos considerações imperfeitas nas obras dos pensadores pré-aristotélicos, mas é indiscutivelmente com Aristóteles que o problema adquire expressão precisa, que se tornou clássica. Para o autor de *Ética a Nicômaco*, a eqüidade é uma forma de justiça, ou melhor, é a justiça mesma em um de seus momentos, no momento decisivo de sua aplicação ao caso concreto. A eqüidade para Aristóteles é a justiça do caso concreto, enquanto adaptada, ‘ajustada’ à particularidade de cada fato ocorrente. Enquanto a justiça em si é medida abstrata, suscetível de aplicação a todas as hipóteses a que se refere, a eqüidade já é a justiça no seu dinâmico ajustamento ao caso. Foi por esse motivo que Aristóteles a comparava à ‘régua de Lesbos’. Esta expressão é de grande precisão. A régua de Lesbos era a régua especial de que se serviam os operários para medir certos blocos de granito, por ser feita de metal flexível que lhe permitia ajustar-se às irregularidade do objeto. Na justiça é uma proporção genérica e abstrata, ao passo que a eqüidade é específica e concreta, como a ‘régua de Lesbos’ flexível, que não mede apenas aquilo que é normal, mas, também, as variações e curvaturas inevitáveis de experiência humana”<sup>7</sup>.

Este pré-estágio<sup>8</sup>, como aquele da abolição dos escravos, dos direitos iguais aos das mulheres, já que, em um passado não muito distante, tratou-se pessoas como mercadorias - escravidão, a esposa de forma subordinada ao marido, e até filhos chamava-se de legítimos e ilegítimos, quando, com raras exceções, mesmo para aquelas épocas, acreditava-se que essas condutas eram corretas, uma vez que positivadas pelo ordenamento jurídico<sup>9</sup>.

---

faits. Devemos, segundo ele, reconhecer a impossibilidade de atingir as causas iminentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas recíprocas como o único objeto possível da investigação científica. - A Ciência do Direito – Tercio Sampaio Ferraz Junior – editora Atlas – São Paulo – 1980 – 2ª. Edição.

7 Lições Preliminares de Direito – Miguel Reale – 27ª. Ed ajustada ao novo código civil, 2003, pág. 123/126.

8 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, prefaciando o livro de Paulo Lucena de Menezes, afirma que: “O que se passa com a *affirmative action* é bom exemplo do fenômeno apontado. Difundiu-se no seio das minorias – negros, *gays*, mulheres (que paradoxalmente são maioria e não minoria) – a idéia de que medidas de desigualização em seu favor são *positivas*, porque visam corrigir desvantagens que a minoria (não os indivíduos) teria sofrido no passado. Em razão disso, multiplicam-se propostas, algumas já consagradas em lei, outras em debate nas câmaras legislativas, de todo naipe, umas razoáveis, outras absurdamente desarrazoadas. E os *politicamente corretos* tendem a aplaudí-las, sem mensurar as suas implicações e consequências, os problemas que envolvem, as injustiças que eventualmente podem delas resultar, enfim, os possíveis efeitos negativos.” in *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*, editora Revista dos Tribunais, pág. 11.

9 “Afirmer-se que os filhos havidos fora do casamento têm os mesmos direitos daqueles havidos em uma relação matrimonializada não é um declaração apenas jurídica: é a declaração de um princípio político que uma dada sociedade adota, inserido na Constituição. O que torna opaco esse reconhecimento constitucional é seu reflexo invertido: o reconhecimento da igualdade deixa de ser o próprio reconhecimento da desigualdade real. Ele revela opções políticas – Luiz Edson Fachin – Teoria Crítica do Direito Civil – Rio de Janeiro – 2000 - Renovar – pág. 291.

Da mesma forma que, até poucos anos atrás, o Código Civil de 1916 e o Comercial de 1850 serviam como base aos nossos julgadores para as relações de consumo de contratos celebrados. Somente em 1990 como base na determinação do artigo 170 da Constituição Federal de 1988 é que entra em vigor o Código de Defesa do Consumidor e posteriormente, em 1994 o da Defesa da Concorrência, dando tratamento diferenciado aos consumidores e na defesa da concorrência a coletividade.

## II. DIREITO CONCORRENCIAL – LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA

O mundo corporativo sofreu um grande impacto com a chamada globalização, fazendo com que corporações que desenvolvam procedimentos cooperados, com lisura comportamental, parceria negocial, enfim, cooperando-se mutuamente, agregam valores, através de responsabilidade social, enquanto que as corporações despreocupadas com essas práticas, possam ficar desacreditadas mercadologicamente.

A globalização pode ser interpretada como a abertura de fronteiras para a expansão ao comércio mundial, gerando, com isto, mais empregos. Por outro lado, poderá ficar ofuscado pelas inúmeras empresas que terão decretadas suas falências, pois, até então, mantinham-se pela ausência de concorrência ou concorrência insatisfatória. Da mesma maneira, deve caminhar o pensamento jurídico, sempre voltado em direção a um direito pós-moderno, senão se sentirá convenientemente estruturado enquanto desequilíbrios estiverem ocorrendo no mundo jurídico.

Isto nos leva a acreditar que o importante é olharmos para além das barreiras científicas e das meras convenções atuais. Contudo, não podemos nos esquecer que, na ausência do Estado, dependemos de pessoas, capazes de investir verdadeiras fortunas em projetos tecnológicos e científicos. Assim, normas protetivas a propriedade industrial e a defesa da concorrência são importantíssimas para garantia do cumprimento dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência (CF/88 - arts. 1º., inciso IV; 170, *caput* e inciso IV).

No mundo todo, com algumas exceções, a livre concorrência tem suporte constitucional na liberdade de empresa, dentro de uma economia de mercado, mas no Brasil, de forma diferenciada, existe uma hierarquia, onde a livre concorrência assume *status* de princípio constitucional que alicerça a ordem econômica. Assim, o princípio da livre iniciativa relaciona-se com a da livre concorrência, ou seja, dentre os princípios gerais da atividade econômica – produção ou troca de bens ou serviços, aliados ao princípio da propriedade privada e o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização estatal, salvo as expressamente previstas.

Frise-se que a organização constitucional da ordem econômica é tarefa árdua e pressupõe equilíbrio de princípios e fundamentos que irão definir os objetivos gerais a serem atingidos. O artigo 170 da Constituição Federal de 1988 possui um misto de determinações liberais e socialistas, que poder-se-ia entender como um

conflito de idéias, dada à variedade de interesses envolvidos. Essa aparente contradição (social x liberal) não existe. O que existe é uma coexistência de valores do liberalismo e do socialismo econômicos, onde o próprio sistema normativo determinará que se estabeleça uma compatibilidade entre eles, ao contrário da exclusão de um, sobressaindo-se outro.

Analisando a nossa Constituição Federal<sup>10</sup>, existem três regimes jurídicos de exploração da atividade econômica: o do monopólio, o da livre iniciativa e o da concessão. Aliás, foi o estado de direito quem desencadeou o surgimento do que se conhece hoje como direito administrativo, visando regular as relações jurídicas entre o Estado e o particular, sendo que no começo restringiam-se ao rol de direitos individuais do cidadão, pois a preocupação maior era defendê-lo contra arbitrariedade do poder público. Depois da Constituição de Weimar, na Alemanha, em 1923, que foram inseridas no âmbito constitucional, as inseguranças econômicas, acarretando o Estado intervencionista, deixando para trás aquele Estado minimalista, visando proteger o bem estar material dos cidadãos, reconhecendo que a economia capitalista tinha em si o germe da concentração e do monopólio, que nem sempre, ou quase nunca, implicava no interesse dos consumidores.

A economia capitalista - capitalismo -<sup>11</sup> pressupõe concorrência e aquela intervenção estatal que vivenciamos com maior intensidade até poucos anos atrás, que se instalava com as empresas detidas e geridas pelo poder público ou por meio de

---

10 Celso Ribeiro Bastos: "Ética no Direito e na Economia" – Ética na Economia – pág. 224 – citação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto – "Reengenharia do Estado Brasileiro" in O Estado e o Futuro, São Paulo, RT, 1995, pág. 43 e 44. "... uma Constituição não representa uma simples positivação do poder. É também uma positivação dos valores jurídicos. A legitimidade vem a ser, portanto, a conformação do poder existente aos critérios da sociedade para considerá-lo justo. Portanto, em toda época, há determinados fatores que devem informar o poder para que este seja legítimo. No momento atual, um dos critérios fundamentais é o democrático. Qualquer Estado hoje que repila a democracia, acaba por entrar numa certa marginalidade mundial já que são poucos os países que contam com uma minoria no poder. Nos dias de hoje, os Estados adotam a democracia para que sejam governados pela maioria dos membros que a compõem a sociedade." Flávia Piovesan afirma que "no caso brasileiro, o processo de especificação do sujeito de direito ocorreu fundamentalmente com a Constituição Brasileira de 1988 que, por exemplo, traz capítulos específicos dedicados à criança, ao adolescente, ao idoso, aos índios, bem como dispositivos constitucionais específicos voltados às mulheres, à população negra, às pessoas portadoras de deficiência, etc". – in Flávia Piovesan – Temas de Direitos Humanos – Max Limond editora, 1998 - pág. 131.

11 "Por terem exercido forte influência sobre a pesquisa e a interpretação históricas, três significados separados atribuídos à noção de capitalismo surgem com destaque. ... Em primeiro lugar, e talvez desfrutando maior difusão, encontramos o significado divulgado pelas obras de Werner Sombart, que buscou a essência do capitalismo não em qualquer dos aspectos de sua anatomia econômica ou sua fisiologia, mas na totalidade dos aspectos representados no *Gelst* ou *espírito* que tem inspirado a vida de toda uma época. Tal espírito é uma síntese do espírito de empreendimento ou aventura com o 'espírito burgês' de prudência e racionalidade. ... Em segundo lugar, existe um significado que encontramos mais freqüentemente implícito no tratamento do material histórico do que explicitamente formulado e que virtualmente identifica o capitalismo com a organização de produção para um mercado distante. ... Em terceiro lugar, temos o significado inicialmente conferido por Marx, que não buscava a essência do capitalismo num espírito de empresa nem no uso da moeda para financiar uma série de trocas com objetivo de ganho, mas num de-

regulação dos mercados, com empresas estatais, deu surgimento à noção de serviço público, atividades consideradas como de interesse geral, e, desta maneira, deveriam estar submetidas a um regime jurídico diferente daquele que sobressai à livre iniciativa, prevalecendo a supremacia do interesse público sobre o particular<sup>12</sup>.

Desta forma, o sistema econômico, contido na CF/88, adotou os institutos básicos do modo de produção capitalista, ou seja, propriedade privada, liberdade de contratar, a livre iniciativa e livre concorrência.

Fabio Konder Comparato in *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, observa que “... o capitalismo não é mero sistema econômico, mas uma forma global de vida em sociedade; ou, se se quiser, dando ao termo um sentido neutro, uma civilização. Como tal, define-se ele por um espírito (no sentido em que Montesquieu empregou ao termo), um conjunto de instituições sociopolíticas e uma prática<sup>13</sup>. Essa aceitação resgata toda a antiga sabedoria jurídica, expressa no *Digesto Romano*, onde, *por causa do homem, se constituiu todo o direito*<sup>14</sup>.

Não se pode esquecer que essas novas perspectivas protecionistas e sociabilizadoras desencadeiam inúmeros conflitos de interesses, cabendo ao Direito tentar minimizar esses conflitos, contudo, ao desenvolver essa sua atividade, ele acaba por originar outros, como num círculo vicioso. E não poderia ser de outra maneira, já que essa transformação foi ainda mais ampliada com o texto constitucional de 1988, alterando a base do *ter* para a do *ser*, ensejando, na mesma forma, as alterações no novo Código Civil de 2002.

Esse capitalismo parece estar mais amadurecido no Brasil, desde alguns dias atrás. É que estamos vivenciando, diante da recente decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE -, órgão do Ministério da Justiça, no caso da aquisição da Garoto pela Nestlé, uma nova fase em nosso direito concorrencial, mesmo não tendo representado, referida decisão do CADE, um corte nas suas decisões anteriores<sup>15</sup>. Pelo contrário, como dito, trouxe à tona a concretização dos alicer-

---

terminado modo de produção. Por modo de produção, ele não se referia apenas ao estado da técnica – ao que chamou de estágio de desenvolvimento das forças produtivas – mas ao modo pelo qual se definia a propriedade dos meios de produção e às relações sociais entre os homens que resultavam de suas ligações com o processo de produção. Desse modo, o capitalismo não era apenas um sistema de produção para o mercado – um sistema de produção de mercadorias, como Marx o denominou – mas um sistema sob o qual a própria capacidade de trabalho ‘se tornara uma mercadoria’ e era comprada e vendida no mercado como qualquer outro objeto de troca.” – Maurice Dobb – *A evolução do Capitalismo* – 9ª. edição, LTC Editora, tradução – Manuel do Rego Braga, páginas 14-17.

12 Para Fernando Antonio Albino de Oliveira, DCI - ..... “Trata-se de reconhecer que certas comodidades devem ser oferecidas na maior extensão possível, para o maior número de súditos do Estado, exigências que se entende não são supridas a contento pela livre iniciativa. Telefonia e comunicação em geral, energia elétrica, água e esgoto, transporte e tantas outras acabam eleitas pelo legislador para integrar o rol de ‘serviços públicos’.

13 Saraiva, 2ª. Ed revista e ampliada – 2001 – pág. 457 e 459.

14 *Hominum causa omne jus constitutum est*, Justiano D. 1.5.2.

15 Demonstrar as decisões – Eternit e Brasilit, Rodhia e Sinasa, Gerdau e Pains

ces da economia de mercado, ou seja, a sua real função, que é a proteção da concorrência, como expressamente contido na Carta Magna.

O CADE começou o ano de 2004 com quase dez casos importantes para apreciar, dentre eles, Nestlé-Garoto, Varig-Tam, Pão de Açúcar-Sé, tarifas de interconexão – Telemar, Telefônica e Brasil Telecon. Mas o caso Nestlé-Garoto deu tanto ou mais destaque que o caso Antártica-Brahma (Ambev), sendo, então, ambos usados comparativamente, como antagonônicos. O caso Nestlé-Garoto já completava dois anos de tramitação e, dentre as inúmeras teses e pareceres, apresentou uma novidade: os advogados usaram e abusaram de pareceres econômicos que visualizavam como o mercado se comportaria após a aquisição, com a redução e o aumento dos preços<sup>16</sup>.

Mesmo com essa avalanche de petições, pareceres, teses, impugnações e documentos, o CADE se portou da maneira como deveria. Explico melhor. O CADE, desde 1994, é uma autarquia federal, em cumprimento à Lei 8.884/94<sup>17</sup>, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Nessa qualidade - autarquia - é que algumas controvérsias surgem. Como se sabe, as autarquias são pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa e que gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou, não estando subordinadas a órgão algum do Estado. Todavia, mesmo sendo controladas, possuem autonomia financeira e administrativa, portanto, descentralizadas, nas quais o Estado tem responsabilidade apenas subsidiária a seus comportamentos. Frise-se que todos requerimentos, judiciais ou não, decorrentes de atos que lhes foram imputados, devem ser propostos perante e contra elas, e jamais contra o Estado.

Composto por um Presidente e seis Conselheiros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, o CADE legalmente goza de plena autonomia, para que não haja pressões políticas em seus julgamentos. O seu Presidente e Conselheiros possuem mandato fixo de dois anos, permitida uma recondução, mas dedicar-se-ão exclusivamente, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

A Lei 8.884/94 – art. 5º – determina, ainda, que a perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do CADE só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com a previsão legal da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e a Lei 8.429,

---

16 A Nestlé sustentou que terá sua produção ampliada o que lhe possibilitaria a redução de preços, como melhor estratégia para ampliar as vendas. Contudo, para sua concorrente Kraft, a aquisição levaria a uma estratégia de aumento de lucros, com prejuízo aos consumidores.

17 Artigo 3º.: O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas em lei.

de 2 de junho de 1992, ou, até, por receber a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas; exercer profissão liberal; participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie; emitir parecer sobre matéria de suas especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa; manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério; e, por fim, exercer atividade político-partidária.

Como autarquia, então, poder-se-ia entender que pressões políticas desencadeariam julgamento diverso daquele proferido no recente caso Nestlé-Garoto, mas como acima dito, não foi isto que aconteceu, mantendo íntegro no seu entendimento. Ficou nítido que esse processo em que vivemos em todas as áreas de desenvolvimento e produção científica, inclusive na ciência do direito, e que mais do que nunca precisa estar atenta e aberta para captar as mudanças sociais e com isto relacionar-se da melhor forma possível com a economia, política, educação, sociologia, filosofia. Esse relacionamento não pode ser entendido como politização do judiciário ou judicialização da política.

Ao longo dos anos a ciência do direito foi estudada por vários filósofos, alguns com mais destaques do que outros, sendo que podemos citar, dentre outras tão importantes, a teoria pura do direito de Hans Kelsen e a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. A Teoria Pura de Kelsen propõe o que chama de *princípio da pureza*, baseando no enfoque normativo, o método e objeto da ciência jurídica, nos quais o direito para o jurista deve ser visto como norma e nunca como fato social ou como valor transcendente, valendo, isto, tanto para o método como para o objeto. Esse entendimento valeu-lhe algumas acusações de *reducionista*, já que esquecia de dimensões sociais e valorativas<sup>18</sup>. Em relação à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que estuda o direito positivo defendendo a existência de *um meio circulante* ou

---

18 Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, *sua intenção, no entanto, não foi jamais a de negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como o direito, mas de escolher, dentre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista* (Fábio Ulhoa Coelho. *Para entender Kelsen*; prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Junior, p. XVI.), onde desenvolveu a teoria de que a norma acha fundamento de validade em outra norma, até finitamente chegar, no que chamou de *norma fundamental*. A *norma fundamental* desenvolvida por Kelsen, sempre provocou muita polêmica, podendo ser tida como o seu *calcanhar de Aquiles*. Para ele as normas não valem porque são justas, ou mesmo pela eficácia da vontade que a instituiu, mas, pela validade da norma superior, aliás, mesmo podendo-se dizer que foi ele, filósofo, sociólogo, teórico do Estado e precursor da lógica jurídica, senão o mais importante, um dos mais importantes estudiosos da teoria jurídica contemporânea, onde “diante das dificuldades apresentadas pela adoção da validade como uma qualidade (sintática ou semântica ou pragmática) do discurso normativo, uma saída seria firmar a impossibilidade de reunir, num único conceito os diferentes problemas, nos quais se articula a validade jurídica.” (rodapé: Teoria da Norma Jurídica – Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa – Tércio Sampaio Ferraz Junior – Editora Forense - 3ª. Edição, Rio de Janeiro - 1999. – ver também - Editora Martins Fontes, Teoria Pura do Direito – Hans Kelsen - 6ª. Edição, São Paulo, 1998.



também chamado de *ambiente* e dentro deste – *ambiente* – sistemas que, por sua vez, são auto-referenciais, é que se produz comunicação. Para ele, tudo é comunicação. Essa teoria sistêmica, cujo conceito de *autopoiese* ou *autoreprodução* foi introduzido pelos biólogos chilenos Maturana e Varela, caracterizou os seres vivos e estendeu o campo sociológico por Luhmann com os diversos sistemas, político, jurídico, econômico, educativo.

Cada sistema é autônomo para Luhmann e o que acontece no seu interior não é definido ou determinado por nenhum componente do ambiente, e sim por sua própria organização, podendo ser dito que o sistema opera de modo fechado, e somente deste modo fechado é que se consegue diferenciá-lo dos outros sistemas. Mesmo sendo *sistemas normativamente fechados*, são, simultaneamente, *sistemas cognitivamente abertos*, ou seja, necessitam de troca de informações entre os sistemas e seus ambientes.

Estes sistemas relacionam-se por meio de *acoplamentos estruturais*, através de interações sequenciais mútuas. Cada um deles opera com um código binário próprio: o jurídico com o código binário lícito / ilícito; o político, maioria / minoria, o econômico, ter / não ter, mas não há hierarquia entre os mesmos, cada um operando de forma *cega*, sob pena de termos a politização do direito e a judicialização da política - direito deve produzir direito e política deve produzir política, e não direito produzir política e política produzir direito<sup>19</sup>.

Desta forma, visando uma aplicação correta do direito da concorrência, segundo Celso Fernandes Campilongo<sup>20</sup>, devem estar presentes pelo menos três requisitos: “... independência das autoridades, serenidade na decisão e apego a argumentos técnicos. Esses elementos só podem operar de modo virtuoso se forem implementados simultaneamente. De nada adiantaria a independência desacompanhada dos dois outros elementos, ou o rigor técnico obscurecido pela falta de independência.” O mesmo autor, comentando o julgamento do caso Nestlé-Garoto, afirma: “O Cade sinalizou estar amadurecido para fazer valer a mola mestra de um capitalismo dinâmico e voltado ao bem-estar do consumidor: a livre concorrência. Os três elementos foram devidamente combinados”<sup>21</sup>.

Todos os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar a dominação de mercados relevantes de bens ou serviços deverão ser submetidos à apreciação do CADE<sup>22</sup>. Todavia,

19 Luhmann, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. Sociologia do Direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. O direito da sociedade: das recht der gesellschaft; tradução provisória para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. A diferenciação do Direito: contribuição à sociologia e à teoria do direito. Bolonha: Sociedade Editora Il Mulino, 1990. Introducción a la teoría de sistemas; publicado por Javier Torres Nafarrate). *A respeito do assunto: Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. Celso Fernandes Campilongo - São Paulo: Max Limond, 2002.

20 Estado de São Paulo, 03.03.04 – quarta-feira, página A2.

21 Idem mesma artigo.

22 Lei 8884/94, artigo 54, *caput*.

o CADE poderá autorizar os atos citados, desde que tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente, aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico e econômico; que os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados<sup>23</sup>. O parágrafo 2º, do artigo 54 da Lei 8.884/94, determina que também poderão ser considerados legítimos os atos previstos no *caput* do artigo, desde que atendidas, pelo menos, três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem em prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Como visto, não é tarefa fácil equacionar, jurídico-economicamente, essas atribuições, tornando-se ainda mais difícil se existir interesses políticos (e sempre existem) tentando influenciar de um lado ou outro, ou, como é mais comum, de ambos - opostos. Assim, o CADE, que tem essa incumbência administrativa, claro, passível de reapreciação pelo Poder Judiciário, não pode submeter-se a conchavos e politicagem, sob pena de perder a autonomia legalmente conferida.

Outro problema enfrentado pelo CADE é a neutralidade do direito societário no direito concorrencial, ou seja, coerência entre ambos. Nas palavras de Calisto Salomão Filho, “seria com efeito paradoxal o ordenamento jurídico que, de um lado, avaliasse negativamente um comportamento e, de outro, incentivasse sua prática do ponto de vista organizativo”<sup>24</sup>. Em outras palavras, o parágrafo 3º, do artigo 54 da Lei 8.884/94, determina que se incluem nos atos de infração da concorrência, aqueles que visem, a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, a constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresas ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$400.000.000,00.

Somente para lembrar, em uma recente operação, muito bem estruturada por sinal, o poder de controle da AMBEV foi negociado com a empresa belga INTERBREW, o que, pela disposição legal acima citada, deverá ser submetida ao CADE também. Portanto, leis, instruções normativas, portarias, contratos, decisões administrativas ou judiciais, isto é, exemplos de comunicação jurídica, transformam e ampliam essas comunicações, dada a complexidade da vida moderna que potencializa essas comunicações. Deste modo, o direito torna-se incapaz de estripar essa insegurança e garantir comportamentos, mas sem suas determinações, inúmeras atividades esta-

23 Lei 8884/94., artigo 54 – Parágrafo 1º. – incisos I a IV.

24 Direito Concorrencial – As Estruturas Organizativas – pág. 233 – Malheiros Editores.

riam sujeitas a uma gama superior de incertezas, que poderia comprometer muitas atividades. Assim, a comunicação jurídica apenas potencializa a insegurança socialmente suportável. Celso Fernandes Campilongo<sup>25</sup> afirma: “Por isso, como um primeiro dado importante da linguagem jurídica, vale sublinhar que o direito multiplica possibilidades de comunicação e reforça expectativas de comportamento. Não está ao alcance do discurso jurídico erradicar a insegurança ou garantir condutas.”

Portanto, operações como a Nestlé-Garoto ou a AMBEV- INTERBREW, aparentemente não resultarão apenas conseqüências na esfera concorrencial, mas, sim, no direito societário também. Isto porque, no caso da Nestlé-Garoto, pela primeira vez, foi assinado Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação – APRO, ou seja, o acordo previu a possibilidade de reversibilidade, assim, com o APRO, Nestlé, Garoto e as autoridades envolvidas demonstraram cautelas especiais, de modo a facilitar eventual decisão por parte do CADE de não-autorização da operação, como, aliás, veio a acontecer. Neste caso, aparentemente, e pelas medidas preventivas tomadas, as conseqüências poderão ser mais amenas do que se assim não houvesse especificado as partes. Contudo, não é o que, aparentemente, pensam os acionistas preferencialistas da AMBEV. Atentos aos desdobramentos que a operação com a INTERBREW causou, os acionistas preferencialistas podem ter sido os grandes perdedores no negócio. Somente para o fundo de pensão dos funcionários do Banco do Brasil – PREVI, nos primeiros dias após a negociação, o prejuízo potencial era de 600 milhões de reais, já que o fundo é o maior dos minoritários, com aproximadamente catorze por cento do total das ações preferenciais da cervejaria.

Nesse momento, a comunicação jurídica entra em cena novamente, mas para definir regras em outra esfera, ou seja, neste momento, o direito concorrencial cede lugar ao direito societário. E diante destes fatos, novamente a comunicação jurídica – neste caso a lei acionária – com o respaldo do que a doutrina passou a chamar de Governança Corporativa, produz mais comunicação, como num ciclo vicioso.

### III. GOVERNANÇA CORPORATIVA – PROTEÇÃO AO MINORITÁRIO NO DIREITO SOCIETÁRIO

O tratamento protecionista, que busca assegurar aos minoritários direitos e deveres garantidores do governo estratégico da empresas, é chamado de Governança Corporativa, o qual seus princípios são sedimentados na equidade, transparência e prestação de contas, e pode se apresentar, também, como um novo método de enfrentar os conflitos constantes entre os majoritários - controladores e os minoritários, que investem suas poupanças ou recursos. Esses recursos, por sua vez, são utilizados pelas empresas de inúmeras maneiras, investindo na produção, capital de giro, aquisição de bens, dentre outras, cuja captação, muitas vezes, torna-se mais

---

25 O Direito na Sociedade Complexa, editora Max Limonad, 2000, pág. 162.

vantajosa que a realizada normalmente perante instituições financeiras, facilitando o acesso a capital de maneira, normalmente menos dispendiosa.

A Governança Corporativa pode ser definida de inúmeras outras formas, ressaltando que as práticas, que desencadearam o que viria a ser assim denominada, foram sendo introduzidas dia a dia, bem antes da década de 90, onde, desde o final da década de 10 e início da de 20, do século passado, o alemão Walther Rathenau referia-se a uma empresa de navegação, como sendo seu objetivo primordial fomentar a navegação no rio Reno e não distribuir lucros para os sócios.

Desenvolvida de forma mais acentuada, primeiramente nos Estados Unidos e no Reino Unido, a Governança Corporativa teve sua concepção, de maneira lenta, conquistada em episódios aleatórios, mas sua verdadeira ascensão pode ser caracterizada pela forte influência e pressão dos fundos de pensão e de investimentos<sup>26</sup>.

Os norte-americanos costumeiramente investem suas poupanças em fundos de pensão, que, por sua vez, aplicam este capital no mercado acionário mundial, com investimentos em inúmeros países, visando garantir o cumprimento dos pagamentos de seus investidores. Contudo, por essa grande dispersão de acionistas, o poder de controle torna-se tão diluído que, muitas vezes, é impossível de identificá-lo, ficando fácil, então, a sua manipulação por pequenos grupos, que, mesmo minutos, podem provocar estragos inestimáveis.

Outro fator de desenvolvimento dessa concepção chamada Governança Corporativa se deve aos vários organismos privados norte-americanos e ingleses<sup>27</sup>, dos inúmeros escândalos financeiros em todo o mundo e da edição do primeiro do que viria a ser chamado de *Códigos das Melhores Práticas de Governança Corporativa*, editado da *The Cadbury Report*<sup>28</sup>.

Com o efeito da globalização<sup>29</sup>, isto pode ser notado mais acentuadamente, pelos inúmeros investimentos efetivados por poupadores - investidores de um lado do mundo em outro do lado oposto. Contudo, ao menor sinal de risco, seja pela falta de transparência dos administradores desses recursos, na obediência as leis, na prestação de contas ou na falta de equidade entre os investidores, estes resgatam

---

6 *California Public Personel* - Calpers – Fundo de Pensão de funcionários públicos da Califórnia-EUA – Em maio de 2003, representante deste fundo em visita ao Brasil declarou que este fundo possui 138 bilhões de dólares investidos no mundo todo, sendo que somente no Brasil ele tem investido cerca de 226 milhões de dólares, distribuído no mercado de capitais de uma forma geral.

27 *Institute of Directors* – Inglaterra – 1908, *Conference Board* – Estados Unidos – 1916, *National Association of Corporate Directors* – Estados Unidos – 1977.

28 O Relatório Cadbury é assim denominado pelo nome do *chairman* Adrian Cadbury, que publicou em 1992 um relatório a respeito de boas práticas de governança corporativa, após vários escândalos na Inglaterra, que demonstraram a necessidade de um estudo aprofundado nas responsabilidades do Conselho de Administração, ou seja, rever certos conceitos até então aceitos pelas companhias.

29 O Direito entre a Modernidade e Globalização: lições de filosofia do direito e do Estado / André-Jean Arnaud: tradução de Patrice Charles Wuillaume – Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

seus recursos e os levam para lugar seguro, ou, pelo menos, arriscado que entendam ser estes, ou seja, o que irá preponderar será a segurança do seu investimento, muitas vezes ficando em segundo plano o retorno que lhe seria proporcionado, gerando, assim, com essa retirada abrupta, geralmente em *efeito manada* a *quebra* de várias companhias, desemprego, instabilidade financeira e o desespero de muitos que, até então, beneficiavam-se destes investimentos, como já ocorreram nos anos 90, nas crises do México, Ásia, Rússia e Brasil.

Apesar da adoção de todas as vantagens aos acionistas minoritários, a Governança Corporativa não é um remédio para todos os males, em que o desenvolvimento consolidado do mercado acionário brasileiro depende, dentre outras mudanças, de voltar a crescer em níveis compatíveis acima dos atuais e juros menores.

Assim, por mais vantajosas que sejam as regras aos acionistas minoritários e *stakeholders*, somente isto não será capaz de efetivar o crescimento dos ativos no Brasil ao nível dos mercados desenvolvidos, mas a implementação dessas regras no maior número de companhias e sociedades, que já será um grande avanço para a credibilidade do mercado financeiro.

Em outras palavras, se verificada por outro prisma, frise-se, para o campo do direito, a Governança Corporativa nada mais tenta incutir nas sociedades empresárias, além do estrito cumprimento das regras contidas na norma geral. O problema está realmente na interpretação da norma geral, que, em alguns casos, por sua omissão e contradição, pode ser melhor regulamentada, pelos próprios proprietários – acionistas ou sócios.

Assim, a grande divulgação por todos aqueles que defendem os princípios da Governança Corporativa, como o grande remédio, principalmente para os males do mercado de capitais<sup>30</sup>, mesmo com caráter renovador e louvável, podem estar pregando nada mais que o estrito cumprimento dos deveres dos administradores. No nosso entendimento, esta concepção se aplica aos demais tipos societários, principalmente a sociedade limitada, pois a Governança Corporativa pode até não atingir uma revolução no nosso mercado acionário, contudo, seus princípios, transportados à sociedade limitada, por exemplo, causarão inúmeros avanços corporativos.

Nos Estados Unidos, até meados dos anos cinquenta, o foco de investimentos de várias companhias não era pulverizado em diversos segmentos mercadológicos, e não existia essa diversidade de investimentos, concentrados em fundos de

---

30 Para Francisco da Silva Cavalcante Filho e Jorge Yoshio Misumi – Editora Campos – Rio de Janeiro – 2001 – pág. 275, observa: “O mercado de capitais é um dos segmentos mais afetados pela globalização das economias. No Brasil, outros dois eventos importantes contribuíram para o seu desenvolvimento e aumento de exposição do País: o Programa Nacional de Desestatização e o ingresso de investidores estrangeiros nas bolsas de valores. O PND sofreu inicialmente resistência da sociedade que estava habituada com o estado-empresário e não vislumbrava a sua incapacidade financeira para continuar a investir em infra-estrutura e suportar o desenvolvimento econômico do país. Passado alguns anos, a situação inverteu-se: o foco de preocupação é a regulação das empresas privatizadas, para não passarmos de um regime de monopólio estatal para monopólio privado.

pensão. Esse tipo de administração, em que o foco não é apenas uma atividade, mas o investimento em diversos segmentos, objetivando *não colocar todos os ovos na mesma cesta, pois se tropeçar e cair todos eles se quebrarão*, passa a ser adotado após a grande depressão ocorrida em 1929.

Aliás, nesta época, a utilização de capital de terceiros vindo, principalmente de investidores, era muito baixa comparada aos das duas últimas décadas, o que acabou resultando na mudança das normas societárias, bem como na dos órgãos fiscalizadores, no caso específico dos Estados Unidos que logo após a crise que afetou a Bolsa americana foi instituída a *Securities and Exchange Commission – SEC – 1934*, da mesma maneira que no Brasil, após os escândalos da década de 70, que se alterou a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76) e se criou a Comissão de Valores Mobiliários - C.V.M. – Lei 6.385/76, ou seja, a nossa versão da *SEC* americana.

Portanto, os investidores buscam, através da aplicação dos princípios de boa Governança Corporativa, respaldo suficiente para se sentirem seguros de que suas reservas estão realmente investidas (segurança), devendo retornar ao investidor-poupador quando solicitados (liquidez) e que a valorização do capital empregado (rentabilidade) é compatível com o risco da operação ou do mercado para aquele momento. Esse mecanismo é mundialmente aceito e desencadeará o melhor desempenho da economia brasileira se não houver desvio de conduta pelos controladores no momento de prestar as informações.

Não há dúvida que a escolha de bons profissionais para administrar grandes, médias ou pequenas empresas é extremamente importante e necessária, a qual a eles se delega poderes de administrar, indiretamente, até o comportamento social de inúmeras pessoas, famílias e até cidades inteiras. Essa escolha de bons administradores, aliada à transparência nas divulgações, diminuirá vertiginosamente as chances de fraudes por parte dos administradores, que ensejariam a sua conseqüente destituição.

O poder de controle<sup>31</sup> que muitos administradores recebem para exercer suas atividades, no comando de empresas mundiais, na grande maioria, providas de elevadíssimos recursos financeiros, é um fenômeno que não se consegue determinar o núcleo, onde o uso linguístico nos leva a pensar no poder como substância, coisa ou algo que conseguimos deter ou não. Assim, o poder pode ser benéfico ou maléfico, justo ou injusto, com caráter jurídico ou injurídico e legítimo ou ilegítimo<sup>32</sup>.

31 A respeito: O Poder de Controle na Sociedade Anônima – Fábio Konder Comparato – editora Revista dos Tribunais – São Paulo – 1976.

32 Concepções genéricas do tipo 'poder é a atuação das causas contra possíveis resistências' isto é, 'poder é uma causalidade sob condições adversas', têm sido tentadas ultimamente, mas conduzem, como no passado, a fenômenos isolados, toda vez que se tenta verificá-los e demonstrá-los operacionalmente. O mesmo se passa com tentativas que conceberam o poder ou como forma de troca, ou como jogo. Todas essas tentativas, porém, parecem conduzir a uma teorização por meio de uma teoria da sociedade", in *Tercio Sampaio Ferraz Junior*, Estudos de Filosofia do Direito – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito, pág. 35, editora Atlas, São Paulo – 2002.

A Governança Corporativa, nesses últimos anos, está modificando a forma de pensar dos administradores, principalmente os dos grandes conglomerados, que, em sua quase totalidade, no começo do século, apenas davam importância máxima ao lucro, que, atualmente, inúmeras realizações sociais são prestadas por este segmento empresarial<sup>33</sup>.

O objetivo principal é voltado para a responsabilidade social, o que acaba por fixar essas ações de respeito à sociedade, através de campanhas, doações, intervenção no auxílio cultural, seja da comunidade local, ou dependendo de sua atuação no país inteiro e, às vezes, levando isto ao exterior. Para José Luiz Bulhões Pedreira<sup>34</sup> a “... macro-empresa envolve tal número de interesse e de pessoas - empregados, acionistas, fornecedores, credores, distribuidores, consumidores, intermediários, usuários – que tende a transformar-se realmente em centro de poder tão grande que a sociedade pode e deve cobrar-lhe um preço em termos de responsabilidade social. Seja a empresa, seja o acionista controlador, brasileiro ou estrangeiro, tem deveres para a comunidade na qual vivem.”

Esse comportamento ético-moral visa, acima de tudo, dar sustentação à marca e ao nome empresarial das empresas, fazendo com que sua clientela e demais segmentos que dela dependam direta ou indiretamente, total ou parcialmente, mesmo que neste último caso, de maneira ínfima, torne-se fiel, não na busca de vantagens exclusivamente pecuniárias, e, sim, com intuito muito maior que este, que é a preservação deste relacionamento o mais duradouro possível. Em outras palavras, pretende a Governança Corporativa agregar valor econômico à empresa, através dos princípios da transparência, da obediência às leis, da equidade e da responsabilidade pelos resultados, destacando-se também os clientes, fornecedores, empregados e a própria coletividade como um todo – *stakeholders*.

A falta de normas contábeis, portanto, instituídas no âmbito do Direito, mesmo que de cunho de escrituração, capazes de enfrentar áreas desconhecidas das transações contábeis, é extremamente preocupante, pois essas normas contraditórias, lacunosas ou omissas, acabam por deixar de lado métodos e demonstrativos financeiros, desempenhos e avaliações contábeis e todas as demais transações do dia a dia empresarial. Essas regras de escrituração contábil foram sequer insuficientes para evitarem os escândalos já ocorridos no Brasil, principalmente na década de 70, e os mais recentemente nos Estados Unidos e na Itália.

Não acreditamos que essas atuais crises financeiras estejam restritas apenas ao modelo compartilhado, cuja prática se desenvolve com mais frequência no Reino Unido e Estados Unidos, onde inúmeros investidores de pequeno ou médio porte são garantidos por normas protecionistas – governança corporativa.

Esse modelo compartilhado, mesmo após as fraudes e escândalos contábeis nos Estados Unidos, ainda é mundialmente aplaudido, mas não existem dúvidas que seu

33 Revista Exame - Guia de Boa Cidadania Corporativa - edição especial do número 754 de 2001 - Editora Abril – ver ética e responsabilidade social nos negócios – Adele Queiroz – editora saraiva.

34 A Lei das S.A. – pág. 155.

apogeu, com a exaltação incomparável de seu método, se deu na década de 90, pelo crescimento surpreendente da economia americana e de seu mercado acionário.

No modelo de propriedade societária concentrada – ao contrário da compartilhada, tipo este predominantemente europeu continental – enseja-se aos acionistas minoritários desvantagens, pois permite de ao acionista majoritário retirar receitas e patrimônio da empresa em detrimento dos minoritários, inclusive através de transações entre empresas de propriedade do majoritário, acarretando o contrário da propriedade compartilhada, que incentiva e desenvolve o mercado de ações, sendo que este último modelo acaba prejudicando ou pelo menos dificultando a negociação dos ativos dos minoritários.

A questão não é de modelo de administração que está em questão – concentrada ou compartilhada – da mesma maneira que outros tipos de administração já foram tão festejados e depois colocados de lado, podendo ser que isto também venha a acontecer com a Governança Corporativa, pois aceitar que teremos modelo único de propriedade corporativa é, quem sabe, cultivar um mito.

Ao contrário de levarmos todos a convergir a uma mesma administração de empresas – concentrada ou compartilhada –, devemos, ao invés disso, canalizar os nossos esforços na regulamentação legal e incentivar a manutenção com todo o suporte necessário das agências reguladoras, bem como a criação de outras ou com subdivisão de áreas, no intuito de especializar, ainda mais, cada área de atuação, especificando seus limites e impondo regras rígidas, aliás, como tem sido o procedimento adotado nos Estados Unidos, após os escândalos recentes, com a promulgação da Lei Sarbanes-Oxley<sup>36</sup>.

Assim, da mesma maneira que a *Securities and Exchange Commission* – SEC – foi criada em 1934, para regulamentar o mercado acionário americano após o *crash* de 1929 e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM – foi criada em 1976, após os escândalos de 1970, a Lei *Sarbanes-Oxley*, promulgada após os recentes escândalos nos Estados Unidos. No Brasil, a modificação urgente da legislação das sociedades por ações deve ser implementada com a inserção de direitos aos minoritários até então não concedidos, para que se possa fiscalizar os controladores e conscientizá-los da necessidade desta cooperação.

Preocupação legislativa deve ser concentrada também no que tange às condutas contábeis, visando que não tenhamos que passar pelo que milhares de americanos passaram recentemente, quando, exemplarmente, a *toque de caixas*, promulgaram a Lei Sarbanes-Oxley.

A prevenção é o melhor remédio e o aprendizado com nossas próprias experiências e erros, bem como com o dos outros, tenta evitar que escândalos como es-

35 Oscar Barreto Filho, As Operações a termo sobre mercadorias – Revista Direito Mercantil 29/11, observa que “o direito comercial parte da observação dos fatos econômicos para deles extrair os princípios jurídicos”.

36 A mais abrangente legislação sobre títulos mobiliários desde a criação da SEC em 1934.



ses nos Estados Unidos possam contaminar a conduta de controladores de empresas brasileiras e conduzam efeitos muitas vezes mais devastadores que aqueles por nós enfrentados na década de 70.

Da mesma maneira, o novo Código Civil, que traz em seu corpo os demais tipos de sociedades, exceção apenas da anônima, que está regulada em lei especial, e por mais bem intencionados que tenham sido seus legisladores, com a inserção de diversas disposições até então não previstas na norma geral, dando quorum privilegiado aos minoritários para diversos casos, além de outras disposições que enquadram nos princípios de boa governança corporativa, na questão da escrituração contábil, o texto legal pecou, ensejando vários equívocos que devem ser revistos urgentemente, evitando-se, com isto, inúmeros desencontros de demonstrações contábeis e financeiras, principalmente pela aplicação de referidas regras para o tipo societário mais utilizado atualmente no país, isto é, as sociedades limitadas.

Portanto, a questão crucial no direito brasileiro é reformarmos as normas de demonstrações contábeis, visando enaltecer o dever de informar; garantindo esta obrigação por parte dos administradores; possibilitando às agências reguladoras ou aos minoritários o total acesso ao controle estratégico da empresa, bem como aplicando a inevitável e célere sanção correspondente, no caso do desvio de conduta por parte dos responsáveis, que deverá ser rigorosamente aplicada no intuito de evitar novos escândalos corporativos, além de desenvolver nosso tão incipiente mercado acionário e produtivo, comparado a outros países desenvolvidos, que, muitas vezes, não possuem nossa dimensão territorial, muito menos os nossos recursos naturais.

#### IV. COOPERAÇÃO RECÍPROCA – A TEORIA DOS JOGOS

É nesse contexto de igualdade e cooperação que, em matéria editada na revista *Carta Capital*<sup>37</sup>, sua reportagem se inicia com a frase: “A VIDA É UM JOGO – Nas últimas décadas, após longos períodos de hibernação, uma teoria criada por matemáticos se propõe a explicar praticamente todas as formas de interação humana”. Questiona-se então: Regra matemática, para ciências sociais? Funda-se esta teoria no chamado *Equilíbrio de Nash*<sup>38</sup>.

37 Carta Editorial Ltda - revista de 18 de setembro de 2002, pág. 12 por Flávio Lobo.

38 Augustin Cournot e Joseph Bertrand foram os dois a fazer esse tipo de formulação matemática, na primeira metade do século XIX. Em 1940 John Von Neumann introduz o ‘jogo de soma zero’ e poucos anos mais, em 1948, John Nash generaliza a jogo de soma zero de forma a estendê-lo a outros tipos de jogos. A tese de John Nash não teve muita repercussão na época, somente vem a se destacar em 1980, onde percebeu-se que vários problemas teóricos da economia eram solucionados pelo chamado equilíbrio de Nash – nome dado à mais equilibrada e mais racional combinação de estratégias para um determinado jogo. Ou, em outras palavras, o conjunto de jogadas que leva a uma situação de estabilidade, na qual qualquer mudança unilateral de estratégia por parte de um jogador lhe causaria prejuízo... A ponto de, em 1994, render-lhe o Prêmio Nobel de Economia”, in Carta Editorial Ltda - revista de 18 de setembro de 2002, pág. 12 por Flávio Lobo.

A equidade ou o equilíbrio, como suporte para ciências exatas ou sociais, voltam à tona como no passado já foram destaque. A Teoria dos Jogos tem por objetivo conflito de interesses motivador de comportamentos estratégicos. Dito de outra maneira, situação em que duas ou mais pessoas ficam expostas a resultados de suas próprias ações e também das de outros.

Essa teoria criada por matemáticos tem como base fundamental um dos princípios das boas práticas de Governança Corporativa, que é a equidade, cujo tema central é a cooperação recíproca de seus componentes. André-Jean Arnaud, manifestando-se a respeito da importância do elemento formal na igualdade jurídica, faz uma interessante observação que pode levar, quem sabe, a aceitar essa visão da matemática e da física para o campo do direito, enfatizando que "... quando ele se acha diante de dois interesses divergentes, o homem do Direito deve, por assim dizer, agir à maneira dos físicos, ao tentar aplicar à sua matéria as condições requeridas para a realização do princípio dos vasos comunicantes, e procurar o equilíbrio dos níveis". Logo em seguida, conclui que "essa teoria do Direito-compromisso é bastante tentadora: ela justifica a perenidade do jurista e a imperfeição constante do Direito"<sup>39</sup>.

A *Teoria dos Jogos*<sup>40</sup> visa dar subsídios para a formulação de leis e regras que estimulem práticas cooperadas entre seus componentes. O exemplo mais famoso dessa teoria é o *dilema do prisioneiro* onde duas pessoas são presas acusadas de um crime. Essas pessoas têm algumas alternativas que poderão amenizar ou agravar suas condenações. Se ambos os acusados permanecerem calados e não denunciarem o outro, sofrerão uma sanção mínima, suponhamos um ano cada um, enquanto que se os dois falarem receberão pena de cinco anos para cada um, e, por último, se apenas um optar em denunciar o outro será liberado e o outro receberá 10 anos de prisão. Assim, se houver o pensamento racional, portanto lógico, visando única e exclusivamente deixar de ganhar o máximo e perder o mínimo, ambos irão optar pela denúncia do outro, pois a lealdade não causaria benefício algum em quaisquer das opções.

---

39 Pág. 205 - vide livro O Direito traído pela Filosofia.

40 Binmore, K. [1994], *Game Theory and the Social Contract*. Cambridge. MIT Press; Brams, J. [1990], *Negotiation Games*. New York, Routledge; Dixit, A. e Nalebuff, B. [1993], *Thinking Strategically*. New York, W.W. Norton & Company; Fudenberg, D. e Tirole, J. [1991], *Game Theory*. Cambridge, MIT Press; Gibbons, R [1992]: *Game Theory for Applied Economists*, Princeton University Press; Kreps, D. [1990], *A Course in Microeconomic Theory*. Princeton University Press; Morrow, J. [1994], *Game Theory for Political Scientists*. Princeton, Princeton University Press, Orenstein, L. [1998], *a Estratégia de Ação Coletiva*. Rio de Janeiro, IUPERJ/UCAM – Revan; Prajit, D. [2000], *Strategies and Games: Theory and Practice*. Cambridge, MIT Press; Rasmusen, E. [1994]: *Games and Information*, Blackwell Publishers, Second Edition; McMillan, J. [1992]: *Games, Strategies and Managers*, Oxford University Press; Jon Elster – *Marxism, Functionalism and Game Theory. – Theory and Society*. Amsterdam/New York, 1982. Adam Przeworsky, "A organização do proletariado em classe". In: *Capitalismo e social-democracia*, São Paulo, Companhia das Letras, 1989., Schelling, T. [1960], *The Strategy of Conflict*. Harvard, Harvard University Press.; Tsebelis, G. [1990], *Nested Games: Rational Choice in Cooperative Politics*. Los Angeles, University of California Press.

Ora, se, pelo exemplo acima, a lealdade não levaria a melhor das opções para quaisquer dos criminosos, como poderia ser esta uma teoria para as questões sociais? Em muitos casos e relações as relações não acabam neste único instante, ou seja, várias outras atitudes serão tomadas entre estas mesmas pessoas por várias outras vezes, em que o prioritário e muito mais estratégico é abdicar de uma vantagem imediata para aumentar os ganhos no futuro, ou pelo menos aumentar suas chances. O *Dilema do Prisioneiro* busca conscientizar que *se você me trair, eu também trairei e nós dois perderemos; se você for leal eu também serei e ambos ganharemos*. É claro que matematicamente as atitudes dos participantes seriam muito mais fáceis de se adequar às estratégias do que à realidade nas ciências sociais, pois na matemática as estratégias são muito mais estáveis do que no comportamento humano do dia a dia.

A prática contínua de atitudes, com certas características entre os participantes com boa reputação e credibilidade, passa a se destacar, a qual pessoas e empresas, de uma forma geral, passam a cumprir contratos e compromissos, muitas vezes sociais ao invés de exclusivamente corporativos.

A Teoria dos Jogos ainda é muito incipiente no Brasil<sup>41</sup>, enquanto que se destaca nos Estados Unidos, onde vários estudiosos buscam, com seus princípios, decifrar mistérios de várias áreas, na biologia, inclusive, para compreender a evolução das espécies e da sobrevivência sob a regra da seleção natural.

Estamos vivenciando essa cooperação no nosso dia a dia, para não mais pensarmos em resolver apenas o *meu* problema jogando o *meu* pneu velho no rio, pois com a enchente ele voltará e invadirá casas, atrapalhará o tráfego de automóveis, e, com isto, o gasto público para drenar o rio e limpar as galerias de esgoto será necessário, ao contrário, este dinheiro poderia ser utilizado para melhorar as ruas, as estradas e, assim, ir facilitando o transporte, melhorar toda a logística de distribuição de produtos, o que poderia diminuir o valor das mercadorias, chegando mais barata ao destinatário final - que será ele mesmo – aquele que não jogou o pneu no rio. Esse exemplo, meramente ilustrativo, traz a tona à responsabilidade social que tem se desencadeado nos últimos anos transportando o foco de atenção do ganho maior por curto tempo, para o ganho menor e duradouro<sup>42</sup>.

41 O Primeiro WorkShop Brasileiro da Sociedade de Teoria dos Jogos teve a participação de aproximadamente cem estrangeiros e oitenta brasileiros – Nos Estados Unidos, um brasileiro – Bernardo Guimarães - em sua tese de doutorado em Yale, está utilizando-se da teoria dos jogos para compreender as crises cambiais do Plano Real, ou seja, a coordenação entre os especuladores ou investidores e a interação entre eles e o Governo.

42 Ética e responsabilidade social nos negócios – pág. 74, Patrícia Almeida Ashley (coord.) – editora Saraiva, 2002 – São Paulo – manifestando a respeito de pesquisa realizada a respeito de responsabilidade social, afirma que, as razões pelas quais as empresas declaram se preocupar com a responsabilidade social são as mais variadas possíveis. Por exemplo, 90% das companhias pesquisadas pelo Ipea começaram a investir em ações sociais por acreditar que isso melhora sua imagem institucional. Grande parte, 74%, também considera a ampliação das relações da empresa com a comunidade um motivo importante para ações de responsabilidade social. Bem menos empresas acreditam que ser socialmente responsável incrementa a lucratividade (19%) ou a motivação interna e a produtividade (34%).

Essa Teoria dos Jogos, que surgiu com regras da matemática, destacou-se posteriormente na economia – com o Prêmio Nobel para *John Nash* em 1994 – para, aos poucos, incentivar estudiosos no campo da ciência política e social. Na ciência política a teoria pode ser estudada – por exemplo, nos Estados Unidos – onde o voto não é obrigatório na participação dos eleitores no processo eleitoral e onde o número de eleitores, que votam em uma eleição e outra, altera, significativamente, de uma para outra, sendo a Teoria dos Jogos utilizada para estudar o que levaria esses eleitores a ter estas instabilidades de comportamento, estudando-se aquilo que *Kelsen* já havia dito há muitos anos, em que nenhum eleitor com o mínimo de informação participa do processo eleitoral achando que seu voto será o decisivo.

As pessoas votam, principalmente quando não estão obrigadas por lei, para satisfazer seus interesses pessoais e não para cooperar, mas pensando sempre no seu bem estar. Quantas vezes já não nos pegamos em dia de eleição – de política, do condomínio, do clube ou da companhia em que somos minoritários – com a forte inclinação para não comparecer e, assim, substituir aquilo que seria apenas *mais um voto* para quaisquer dos dois lados, do que para ser realmente a decisão de desempate.

Normalmente, o sentimento de cooperar não está enraizado no dia a dia do ser humano, ao contrário, em seu lugar instalou-se o bem-estar de não ter que se deslocar até às urnas, ao clube, ou mesmo *tirar o pijama*, trocar de roupa para descer ao salão de reunião do condomínio, cuja atitude, mesmo que demore poucos minutos, deixa que o prazer de outra atividade, aparentemente muito mais vantajosa, impere, pois, muitas vezes, possuindo a certeza que o seu único voto não fará qualquer diferença no cômputo final.

Assim, se pensarmos desta maneira, ou seja, no bem-estar de continuarmos fazendo somente aquilo que nos dá muito mais prazer do que votar, não haveria sentido para que milhares de pessoas, mesmo desobrigadas, precisassem se deslocar para exercer seus direitos de voto. A motivação moral se sobrepõe, em diversos casos, ao bem estar, na qual a cooperação passa a ser muito mais importante, e o ser humano passa a visualização dessas práticas corriqueiras da vida com outro enfoque.

Questiona-se: Porque em alguns países desenvolvidos, em um plebiscito – hipoteticamente - para manutenção de um determinado tributo no percentual atual, aumentá-lo mais 2%, mais 3%, ou mais 4%, vários eleitores votam o aumento de 4%, enquanto que no Brasil, se desobrigados de votar, pouquíssimas pessoas deixariam seus afazeres mais prazerosos para irem votar, imagine então se para aumentar tributo?

A regra da cooperação e da motivação moral pode nos responder a isto. Num país onde a obrigação de devolver aquilo que foi arrecadado para a sociedade é regra básica, os eleitores utilizam-se da regra da cooperação para viabilizarem empreendimentos de grande porte, ou seja, sozinho, pagando 2% a mais deste tributo, não seria suficiente para construir uma ponte ou levaria muitos anos, enquanto que, com o valor de todos, isso poderia ser implementado imediatamente. Entretanto, o brasileiro que sabe que esse dinheiro tem a grande chance de se-

quer chegar a comprar um mero saco de cimento sente-se desmotivado e não comparece para votar.

Essa adaptação da Teoria dos Jogos<sup>43</sup>, com conceituação básica da matemática para a ciência política, direciona-nos, também, para as deliberações em assembleias e reuniões corporativas, em que diversos sócios deixam de exercer seus direitos, mesmo podendo, por não estarem obrigados e desmotivados com o resultado que os administradores lhe trazem, ou que não fará sentido no seu entendimento, concluindo, pois, que o voto não trará qualquer mudança no cômputo geral.

Poderíamos modificar o *dilema do prisioneiro* para o *dilema do CEO*, lembrando que no primeiro ambos cooperam, ambos desertam, o jogador A coopera enquanto o B deserta, ou jogador B coopera e o A deserta, quando dos jogos contínuos estas atitudes levam com que os jogadores venham a desertar mutuamente nas situações vindouras, o que não seria bom para ambos os participantes.

O segundo é uma adaptação do dilema do prisioneiro em que vivenciamos nos anos noventas com a grande expansão econômica, principalmente americana, com o pagamento aos *chief executive office* – *CEO's* – de verdadeiras fortunas, por terem atingido lucros inacreditáveis. Com o passar dos anos, estes mesmos ganhos tornariam-se insustentáveis, fazendo com que o *CEO* escolhesse entre manter-se íntegro e, com isto, cooperar com os acionistas e desfazer de seus bônus, correndo ainda o risco de ser despedido - ou se apresentassem informações e demonstrações contábeis - financeiras fraudadas, manteriam seus milhões de dólares em bônus.

A deserção à cooperação se tornaria muitíssimo vantajosa ao *CEO*, que apresentaria ganho imediato e certo e, em contra-partida, se a fraude fosse descoberta, poderia levar anos para que isto ocorresse, frise-se, se ocorresse – poderia ser que ninguém descobrisse – e a sanção a ser imposta poderia ser insignificante, se comparada a milhões de dólares recebidos. Comparando com o dilema do prisioneiro do *CEO*, seria como oferecer ao prisioneiro que trair seu parceiro no crime que lhe fosse dada a liberdade naquele momento e um cheque de milhões de dólares, sendo que se cooperasse com seu parceiro isto poderia causar-lhe a diminuição da pena em alguns meses.

O resultado do dilema do *CEO* é muito desequilibrado. Em outras palavras, a matriz de resultados é muitíssimo elevada, fazendo com que o *CEO* desista de coo-

---

<sup>43</sup> A teoria dos jogos oferece um sistema relativamente simples de manipular e de adaptar para diversas áreas do conhecimento, como a ciência política, a ciência da computação e a biologia. Está sendo desenvolvida até uma nova área da filosofia inspirada na teoria dos jogos: a epistemologia interativa. – Ehud Lehrer, professor da Faculdade de Ciências Matemáticas da Universidade de Tel-Aviv – A teoria dos Jogos é uma maneira formal de explicar o comportamento racional quando a escolha da ação mais eficiente depende de como você pensa que os outros vão agir – Stephen Morris, professor de Economia da Universidade de Yale, EUA – A forma de ver os fenômenos induzida pela teoria dos jogos enfatiza os processos dinâmicos. Aplicada à teoria monetária, por exemplo, ajuda a mostrar que as instituições, mesmo podendo variar de país a país, não são acidentes históricos: elas existem em razão de necessidades lógicas básicas do sistema social. Martin Shubik – professor de Economia Matemática Institucional da Universidade de Yale – revista carta capital – Carta Editorial Ltda - 18 de setembro de 2002 – pág. 16 – reportagem Flávio Lobo.

perar, pois normalmente possui alta capacidade intelectual, habituado a decidir, sustentando-se em critérios de racionalidade. Esses critérios de racionalidade sobreporão alguns elementos, tais como, vantagem pecuniária, chance de não ser descoberto, ou, se a mesma for desvendada, poderá, ainda, levar vários anos, e, finalmente, se assim acontecer a sanção a ser imposta, poderá não ser tão rigorosa.

Assim, esta é a razão de inúmeros escândalos financeiros, que tivemos conhecimento em todo mundo, e, mais recentemente, com ênfase nos Estados Unidos e na Itália<sup>44</sup>, sendo que isto não se deu por acaso, mas sim por falta de ética e cooperação, afinal de contas a situação era muito mais propícia para a deserção pelos CEO's do que a da cooperação.

Não existe explicação ou justificativa para a falta de ética<sup>45</sup>, o que poderia ter diminuído o risco desta situação era a não concessão de bônus tão elevados aos CEO's, uma administração mais compartilhada, auditoria independente sem interesse direto no resultado, seja através de outros contratos ou de pagamentos milionários e principalmente uma legislação severa, punindo exemplarmente aqueles que se desviam de suas obrigações, que, além de qualquer outra coisa, deverão pautar-se pela ética<sup>46</sup>.

A teoria dos jogos deve ser estudada, neste caso, como em inúmeros outros, não para ser usada por advogados dos fraudadores em seus julgamentos, como parte da defesa, insinuando que os mesmos acabam por ser induzidos a cometer o crime, já que inúmeros fatores favoreceram a prática das ilicitudes cometidas, mas, ao contrário, como parâmetro para encontrar falhas na estrutura admissional, seja com vantagem pecuniária direta ou indireta e poder demais, obrigações e fiscalizações de menos.

A teoria dos jogos pode adotar, então, uma frase já bem antiga e de conhecimento da maioria — *eu coço suas costas, você coça as minhas* — o que também poderia ser chamada de equidade comportamental. Se eu coço suas costas e você coça a minha, estamos contratando tarefas recíprocas. Contudo, se hipoteticamente pen-

---

44 Veja o estrago que os escândalos corporativos nos Estados Unidos causaram ao mercado financeiro, onde o Presidente George W. Bush vem a público pedir apuração rigorosa aos culpados, e em contra-ataque a mídia levanta suposições que ele também teria praticado atos semelhantes quando administrador de empresas no Estado do Texas, bem como, o caso Parmalat na Itália.

45 Geraldo Camargo Vidigal *in* Ética no Direito e na Economia leciona: “14. Em múltiplos trabalhos que tenho publicado, pareceu-me fundamental dramatizar o dualismo que no ser humano é imanência: dei numerosas vezes ênfase ao contraponto entre os reclamos da individualidade, de um lado, e da vocação de social, de outro, porque desse contraponto brotam as diferentes ciências valorativas, que assumem, em diferentes esferas do convívio humano e sob múltiplos critérios específicos, a partir de peculiares valorações, suas funções ordenadas e de orientação.” — Ética no Direito e na Economia — Geraldo Camargo Vidigal — Coordenador — Ives Gandra da Silva Martins — editora pioneira — 1999 — pág. 86.

46 Logo, se nas coisas práticas existe algum fim que se deseja por si mesmo, e por ele se deseja todo o resto; e se é verdade que nem toda coisa desejamos por outra (se não, ir-se-ia ao infinito: donde inútil e vão fora o nosso desejar): claro está que tal fim será o bem, ou antes o sumo bem. A Ética — Aristóteles — tradução: Cássio M. Fonseca — Coleção Universitária — Editora Tecnoprint S/A.

sarmos que um dos contratantes tem mais coceira nas costas do que o outro e em horas inoportunas, pergunta-se: terá o outro contratante a obrigação de cumprir essa atividade ou tratando de um desequilíbrio contratual inaugural, mesmo previsível no ato de sua elaboração?

Portanto, estamos vivenciando uma nova época, na qual o Direito está buscando verdadeiramente a equidade nas relações trabalhistas, consumeristas, concorrenciais, civis, comerciais, enfim, em todos os seus ramos, já que a base é o protecionismo a todos, inserido no texto constitucional. Este equilíbrio não é a teoria da imprevisão e sim o princípio da onerosidade excessiva. Álvaro Villaça Azevedo afirma: “em meu entender, é melhor utilizar o princípio da onerosidade excessiva, fora do âmbito mais amplo da teoria da imprevisão, porque ele mede, objetivamente, o desequilíbrio no contrato, com insuportabilidade de seu cumprimento por um dos contratantes.”<sup>47</sup>.

Acreditamos que o que se pretende com a adoção da onerosidade excessiva, ao contrário da teoria da imprevisão, é atenuar as controvérsias que a mesma causa, ou seja, prever ou imaginar as possibilidades no ato da celebração do contrato nos leva a visualizar todas as hipóteses, ao contrário daquela que, mesmo o fato sendo previsível, por algum motivo – até mesmo previsível – tornou-se o contrato excessivo, desequilibrou-se.

Imagine, como exemplo, defender a teoria da imprevisão para aumento abusivo em contrato em dólar, como aconteceu recentemente em larga escala nos contratos de *leasing* de automóveis, aonde a moeda americana, nos últimos anos, já valorizou e desvalorizou inúmeras vezes. É para que descartássemos essa teoria - da imprevisão -, para substituí-la pela da onerosidade excessiva ou equilíbrio contratual – onde a equidade das partes é que deve nortear a elaboração contratual e o seu integral cumprimento, aliás, isto já era defendido há dois mil anos, no direito romano<sup>48</sup>.

## V. ÉTICA E ECONOMIA

O conceito de *ética* nos últimos anos, isto quer dizer, no século XX e neste começo do século XXI, vem se intensificando, tornando-se, sem dúvidas, um dos temas mais debatidos, em diversas outras áreas, inclusive com grande intensidade no direito<sup>49</sup>. André Franco Montoro *in Retorno à Ética na Virada do Milênio*, respondendo ao questionamento do porquê a ética voltou a ser um dos temas mais traba-

47 Álvaro Villaça Azevedo – Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos – editora Atlas – 2002 – São Paulo – pág. 35.

48 Vide - Direito Romano Moderno – Introdução ao Direito Civil Brasileiro – J. Cretella Junior – Editora Forense – 7ª. Edição, 1998 – Rio de Janeiro – Direito Romano – José Carlos Moreira Alves – Editora Forense – 6ª. ed. Revisada e acrescentada – Rio de Janeiro – 1998 e Manual de Direito Romano Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, Segunda Sociedade Editora e Gráfica Ltda, Rio de Janeiro – sem data.

49 A respeito da matéria. Adolfo Sanchez, Vazquez, Ética, 17ª. Ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1997; Álvaro L.M. Valls, O que é Ética, 1ª. Ed., São Paulo, Editora Brasiliense, 1994; Mario A. L. Guerreiro, Ética Mínima para Homens Práticos, 1ª. Ed., Rio de Janeiro, Instituto Liberal, 1995; Sebastião Amoedo, Ética no Trabalho, 1ª. Ed., Rio de

lhados do pensamento filosófico contemporâneo, afirmou que a *resposta talvez possa ser indicada no célebre título do romance de Balzac, 'Ilusões Perdidas'. 'Quiseram construir um mundo sem ética. E a ilusão se transformou em desespero. No campo do direito, da economia, da política, da ciência e da tecnologia, as grandes expectativas de um sucesso pretensamente neutro, alheio aos valores éticos e humanos, tiveram resultado desalentador e muitas vezes trágico'*<sup>50</sup>.

A popularização da terminologia *ética*, nestes últimos cem anos, aumentou de forma inusitada, podendo, inclusive, ser justificada em razão da sua beleza fonética, onde a sua simples menção transmite a sensação de *cultura*, cercada de mistério, por ser uma nomenclatura indefinida, utilizada, principalmente, em lugar de *conduta* - '*conduto*', *procedimento moral* ou de *comportamento*<sup>51</sup>, além de todo o entusiasmo motivado em decorrência da recente virada ao terceiro milênio, momento em que nós, normalmente, aceitamos como sendo o oportuno para repensar nossas atitudes, ideologias, e etc., até porque, neste século que se encerrou, testemunhamos duas guerras mundiais, além da concentração da riqueza, da fome e a miséria dos países pobres, o ataque ao meio ambiente, com a devastação da natureza, *enfim, toda a sorte de menoscabos aos valores mais prezados pelos homens, que, diante de tudo isso, faz-se necessária uma revisão ética*<sup>52</sup>.

A ética tornou-se o centro primordial das discussões, seja a respeito do meio ambiente, na matança de animais para consumo alimentar ou não, nos ricos e pobres, na eutanásia, no suicídio, no aborto, e, inclusive, nas relações de direito concorrencial e societário, entre concorrentes, controladores - investidores, controladores - empregados, controladores - coletividade, tratando da ética e da responsabilidade social<sup>53</sup>.

---

Janeiro, Quality Mark, 1997; Coletânea de artigos sob o título: Ética na Constituição; Emmanuel Carneiro Leão, Ética na Comunicação; Ester Kosovski, Ética, Imprensa e Responsabilidade Social, Ética e Contemporaneidade, Sujeito e Destruição do Destino, Moniz Sodré, Ética, Política e Psicanálise, Fábio Lacombe, Desejo de Ética; Bertrand de Jouvenel, A Ética da Redistribuição, 1ª. ed., Porto Alegre, Editora Ortiz, 1996; José Nedel, Ética na Comunicação, Revista Cultura e Fé, n. 83, ano 21, Porto Alegre, Instituto de Desenvolvimento Cultural, 1988, Herbert de Souza, Ética, Coletânea Polêmica, 1ª. Ed., São Paulo, Editora Moderna, 1997, Ética Prática, Peter Singer, tradução Jefferson Luiz Camargo, 3ª. Edição, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, Ética na Virada do Século – Busca do Sentido da Vida – Coleção Instituto Jacques Maritain, coord. Maria Luíza Marcílio e Ernesto Lopes Ramos, São Paulo, LTr, 1997.

50 Pág. 17e 18 – *Ética na Virada do Milênio – Busca do sentido da vida – coord. Maria Luíza Marcílio e Ernesto Lopes Ramos – 2ª. Ed., ed. LTr - 1999.*

51 "A Ética, apenas atributo pessoal? – Ética no Direito e na Economia – pag. 95.

52 Para Celso Ribeiro Bastos (rodapé: Ética no Direito e na Economia – Ética na Economia – pag. 217.

53 Ética e responsabilidade social nos negócios – pag. 75, Patrícia Almeida Ashley (coord.) – editora Saraiva, 2002 – São Paulo – observa que "Ética e responsabilidade social nos negócios são temas ainda em desenvolvimento no Brasil. Não houve o registro de nenhum boom que merecesse menção honrosa nas diversas mídias existentes. Mas, sem dúvida, o cenário já se alterou bastante e tende a mudar gradativamente. É grande a expectativa no que concerne à propagação de um ideário social no meio empresarial brasileiro. Algumas empresas instaladas no Brasil têm responsabilidade social como assunto constante em suas agendas. Muitos empresários brasileiros já perceberam que con-



A análise do cotidiano daqueles que estão próximos de nós deixa transparente que o comportamento ético não determina a crença no céu e no inferno. A vida deve ter sentido se estivermos correndo atrás de um objetivo maior do que os nossos interesses pessoais, algo que nos possibilite visualizar a vida, com uma importância que ultrapassa os limites do estado consciente, sendo que uma maneira de solucionar isto é através da adoção do ponto de vista ético, ou seja, exigindo que se ultrapasse o próprio ponto de vista e, ao contrário disso, que seja assumido o ponto de vista de um outro espectador, desde que ele seja imparcial. Dito de outra maneira, agir com ética é uma maneira de transcender as próprias angústias e preocupações e do ponto de vista mais objetivo cabível, identificar-se<sup>54</sup>.

Mesmo com essa proliferação de estudos recentes, o tema ficou praticamente restrito, em dois mil anos, aos três livros de Aristóteles<sup>55</sup>, sendo que, desde o seu legado em *Ética a Nicômaco*, “... os reclamos de procedimento ético cresceram sempre, em intensidade e extensão. Não existe área, da vida ou da organização social, em que as preocupações éticas não se manifestem”<sup>56</sup>.

Muitas dúvidas pairam quando escutamos a palavra ética ser divulgada, de forma indiscriminada. Contudo, questiona-se: Ético é ser bom? Ético é ser justo? Ético é ser idôneo? Ético é não ser egoísta? O que é ser bom, justo ou egoísta?<sup>57</sup>.

Entendemos que não existe uma definição padrão, pelo contrário, com a proliferação de estudiosos a respeito da Ética, inúmeros conceitos foram lançados<sup>58</sup>.

---

tribuir para o bem-estar da comunidade em que atuam é o divisor de águas entre as empresas que se omitem e as que atuam positivamente em seu meio, respeitando-o e valorizando os diversos públicos que dele fazem parte”.

54 A Filosofia do Direito de Immanuel Kant, *Grandes Filósofos do Direito*, pág. 237/238, “[As Leis da Liberdade como Morais, jurídicas e Éticas.] – As Leis da Liberdade, diferentemente das Leis da Natureza, são Leis morais. Na medida em que se referem apenas a ações externas e sua legalidade, são chamadas de *jurídicas*; mas, se também exigirem que, enquanto Leis, sejam elas mesmas os Princípios de determinação de nossas ações, são *éticas*. A concordância de uma ação com as Leis Jurídicas é sua *Legalidade*; a concordância de uma ação com as Leis Éticas é sua *Moralidade* ...”.

55 Aristóteles (384-322 a.C.), de 300 a.C a 1677 d.C. *Ética a Nicômaco*, *Ética de Eudêmico* e *Grande Ética*.

56 Gerlado Camargo Vidigal - *Ética na Economia* – pág. 84.

57 Aristóteles – *Ética a Nicômaco*, pág. 140, editora edipro, tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini, 1ª ed., 2002, Bauru, SP, “... visto que um homem injusto é alguém não equitativo, além de ser injusto, iníquo, está claro que correspondendo ao iníquo (desigual) há uma mediana, nomeadamente aquele que é igual, pois em qualquer tipo de ação na qual há um mais e um menos, é também admissível o igual. Se, então, o injusto é o iníquo (desigual), o justo é o igual – uma posição que recomenda a si mesma a todos sem necessidade de evidência; e uma vez que o igual é uma mediana, o justo será uma espécie de mediana, também”.

58 “1- Adolfo Sanchez, Vazquez, *Ética*, 17ª. ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1997; p. 12: ‘Assim como os problemas teóricos morais não se identificam com os problemas práticos, embora estejam estritamente relacionados, também não se podem confundir a ética e a moral. a ética não cria a moral. A ética é a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. Ou seja, é ciência de uma forma específica do comportamento humano.’ 2 - Álvaro L.M. Valls, ‘*O que é Ética*’, 1ª. ed., São Paulo, Editora Brasiliense, 1994; p. 7: ‘A ética é daquelas coisas que todo mundo sabe o que são, mas que não são fáceis de explicar, quando alguém pergunta. Tradicionalmente ela é entendida como um estudo ou uma reflexão, científica ou filosófica, e eventualmente até teológica, sobre os costumes ou sobre as ações humanas. Mas também chamados de ética a própria vida, quando conforme aos costu-

Assim, parece que a Ética não é simplesmente um estudo, uma filosofia, ou até qualquer outra definição mais simples ou complexa, que surgiu há mais de dois mil anos e cultivou muitos admiradores nestes últimos cem anos, principalmente após a segunda metade do século XX<sup>59</sup>.

mes considerados corretos etc.' 3 - Mario A. L. Guerreiro, *Ética Mínima para Homens Práticos*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Instituto Liberal, 1995, p. 25: 'A ética é uma disciplina filosófica cujo objetivo de investigação é a procura de princípios regulativos das condutas corretas e incorretas.' 4 - Sebastião Amoedo, *Ética no Trabalho*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Quality Mark, 1997, p.17: 'Para que possamos consensar um sentido ético comum é necessário distinguir claramente a ética normativa ou prescritiva. A descritiva descreve a forma como as pessoas agem e explica sua ação em termos de julgamentos de valor e pressuposições. A normativa ou prescritiva estuda a forma como as pessoas devem agir e analisa os julgamentos de valor e pressuposições que justificam tais ações. A normativa ou prescritiva é encontrada em nossos Códigos, muitos deles baseados no princípio da reciprocidade.' 5- Coletânea de artigos sob o título: *Ética na Constituição*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Mauad Editora, 1995. 5.1-Emmanuel Carneiro Leão, 'Ética na Comunicação', p. 17: 'No aspecto dinâmico de sua constituição, a Ética é uma luta obstinada e sem tréguas contra as abstrações na conduta humana.' 5.2-Ester Kosovski, 'Ética, Imprensa e Responsabilidade Social', P. 35: 'Clama-se por ética na política em tempo de corrupção, cinismo e apropriação indébita televisada, Aética, preocupação constante de filósofos, desde Sócrates, Aristóteles, Platão, passando por Spinoza, Kant e Hegel e agora mais do que nunca devido ao anseio por aquilo que tanta falta faz. Na experiência ética, a pessoa é regida pela sua própria liberdade de opções, o que para muitos é mais difícil do que refrear-se por pressões exógenas.' 5.3- Wilson Batista, 'Ética e Contemporaneidade, Sujeitos e Destruição do Destino', p. 40: 'Ética, como ciência, é hoje disciplina de um campo do conhecimento humano chamado filosofia.' 5.4-Moniz Sodré, *Ética, Política e Psicanálise*, p. 53: 'Fica cada vez mais evidente, portanto, que ética não é a ciência dos homens ou da moral, tal como se confundem os campos a partir da tradução latina (mor, moris). Ética é de fato uma ontologia, uma teoria do ser que, no interior da Filosofia, indaga sobre os meios para atingi-las.' 5.5 - Fábio Lacombe, *Desejo de Ética*; p. 96: 'A Psicanálise promove, através de sua metodologia, não uma repulsa à ética, revelando que, em função dela, os sujeitos se perderam de si próprios e se engajaram numa dinâmica de relacionamento que se restringiu aos limites de uma relação de objetos.' 6-Beltrand de Jouvenel, *A Ética da Redistribuição*, 1ª. ed., Porto Alegre, Editora Ortiz, 1996, p. 33: 'Tratando-se a redistribuição (da renda) unicamente no campo da ética, nossa primeira preocupação deve ser distinguir nitidamente o ideal social da equiparação da renda de outros aos quais ele está sentimental, mas não logicamente associado' e, p. 72: 'O redistributivismo traça seu rumo de ação partindo inteiramente da sociedade que busca reformar. Um crescente poder de consumo é a promessa feita, e cumprida, da sociedade mercantil capitalista – e é essa também a promessa dos reformistas modernos. E, na verdade, essa escolha da direita ou da esquerda deve, no fim das contas, ser considerada não uma escolha verdadeiramente ética, mas sim uma aposta;' 7- José Nedel, 'Ética na Comunicação', *Revista Cultura e Fé*, n. 83, ano 21, Porto Alegre, Instituto de Desenvolvimento Cultural, 1988, p. 65. 'Ética não é a filosofia primeira. Nesta qualidade, é antecedida pela filosofia teórica ou especulativa, e por ela condicionada. Pressupõe, assim, não só uma filosofia primeira, ou metafísica geral, que trata do ser enquanto ser; como também várias metafísicas especiais, particularmente a antropologia filosófica, a filosofia da natureza ou cosmologia e a teologia natural ou teodicéia' 8- Herbert de Souza (Betinho), *Ética*, Coletânea Polêmica, 1ª. ed., São Paulo, Editora Moderna, 1997, p. 13: 'Ética é um conjunto de princípios e valores que guiam e orientam as relações humanas. Esses princípios devem ter características universais, precisam ser válidos para todas as pessoas e para sempre', in Carlos Brandão - pág. 91.", onde o autor transcreve inúmeras definições de Ética.

59 "Na segunda metade do século 20, é impressionante o volume de publicações sobre ética, em todas as partes do mundo e em todos os setores do conhecimento. As publicações, estudos, pesquisas e debates sobre o tema estendem-se a todas as áreas da atividade humana. Ética na política, no direito, na indústria, no comércio, na administração, na justiça, nos negócios, no esporte, na ciência, na economia, na comunicação. As obras sobre ética em seus múltiplos aspectos enchem as estantes das bibliotecas e das livrarias. 'Ética para Amador' é

A Ética possui algo inerente à alma, que pode ser mais ou menos desenvolvida com a educação ou mesmo pelos desafios profissionais e sociais. Em outras palavras, pessoas pobres que pautam suas condutas em certas regras, que podem ser consideradas, por alguns, como éticas, quando deixam de ser pobres, inclusive pelo estudo e educação, tornam-se, muitas vezes, antiéticas. É claro que inversamente também, ricos que pautam suas condutas pela ética e deixam de praticá-las, quando tornam desapaixonados de seus bens. Certas pessoas não conseguem que a ética se extravase, o que, normalmente, agracia quem pauta suas condutas nela, a sensação de bem estar, o que é um fenômeno muito misterioso.

Neste sentido, Miguel Reale leciona: *“todos os homens procuram alcançar o que lhes parecer ser o ‘bem’ ou a felicidade. O fim que se indica com a palavra ‘bem’ corresponde a várias formas de conduta que compõem, em conjunto, o domínio da Ética”*. No mesmo sentido, Geraldo Camargo Vidigal diz “... que no caso da Ética, o fundamento e validade de todo o sistema de ordens repousa nas idéias do Bem e do Vero, onde os preceitos da ética e da moral pressupõem subordinação e observância de cada pessoa, bem como de suas associações, nas diversas maneiras que adotam, os princípios e normas jurídicas, a jurisprudência consolidada e a doutrina, interpretada pelo merecimento que a comunidade dos juristas conferem aos diversos autores”<sup>60</sup>.

Assim, o mundo corporativo deveria pautar com ética, seja nos atos de concentração concorrencial ou societário. Isto porque, ao mesmo tempo em que há o cumprimento da legislação, as empresas apresentam a todos suas vantagens, onde o princípio da transparência, realizado de maneira devida, é um grande motivador e demonstra a real situação para aquele momento.

A ética, por sua vez, como pressuposto à informação voluntária ou obrigatória, da mesma maneira que o *dever de informar*, transmite segurança, se realmente for aplicada. Se isto realmente acontecer, ou seja, se as regras de conduta corporativa forem observadas sob os parâmetros éticos, poderemos, quem sabe um dia, deixarmos de aplicar pena restritiva de liberdade para administrador, conse-

---

o título do estudo de *Fernando Savater* que se tornou o *best-seller* dos livros vendidos na Espanha, com sete edições num só ano, em 1991. E a parte da Filosofia mais estudada neste final de século é a Axiologia, a Filosofia dos ‘Valores’ (ver relação ao final deste artigo) Paralelamente a essa intensa produção da ciência, da arte e da filosofia, multiplicam-se em toda a parte movimentos populares ou associativos reivindicando ética na vida pública, na vida social e no comportamento pessoal. Movimentos semelhantes à famosa ‘campanha das mãos limpas’, na Itália, vêm ocorrendo em quase todas as Nações. No Brasil, esses movimentos provocaram processos inéditos em nossa história, que culminaram com a punição de altos funcionários, a cassação de mandatos de parlamentares e do próprio Presidente da República. Esses fatos relevam – no campo da produção intelectual e do comportamento social – um incontestável retorno às exigências de ética”, in *pág. 17 – Ética na Virada do Milênio – Busca do sentido da vida – coord. Maria Luiza Marcílio e Ernesto Lopes Ramos – 2ª. Ed., ed. LTr - 1999.*

60 Geraldo Camargo Vidigal - Ética na Economia – *pág. 83.*

lheiro, advogados, e etc., como os ordenamentos cada vez mais estão inserindo sanções mais rígidas<sup>61</sup>.

Da mesma forma, as legislações não precisariam dividir a receita auferida pela atuação de empresas, que sofrem processos por seus ex-empregados, que denunciam fraudes, normalmente praticadas sob a anuência de seus superiores hierárquicos, chamados de *whistleblowers*, que recebem proteção de demissão sem justa causa.

No estágio que a humanidade está, mesmo com as inúmeras atitudes que corriqueiramente presenciamos, de desmandos corporativos, sonegação, corrupção e etc., não deve ser desprezada a conscientização da informação voluntária, enaltecendo a ética e a transparência, pois a grande maioria dos administradores são pessoas com certo grau de cultura que as diferenciam da grande maioria, o que, aparentemente, nos leva crer que a conscientização dessas, pode ser mais fácil do que os dela desprovidos.

Nesse sentido, não restam dúvidas que a regulamentação dos mercados é imperiosa, inclusive nos moldes da lei Sarbanes-Oxley, editada recentemente nos Estados Unidos. Assim, critérios de um direito concorrencial maduro, aliado à boa Governança Corporativa são essenciais para o cenário mundial atual, onde a ética deve imperar, sob pena de termos que, cada vez mais, agravar as sanções, o que, como tem sido demonstrado, não é o melhor remédio.

A interpretação da vontade do legislador não deixa dúvida para que se entenda que o simples cumprimento da norma já seria suficiente para agir com ética, frise-se, no que pertine ao mundo corporativo, mas não que se tem ouvido falar nos últimos tempos<sup>62</sup>.

---

61 Livro do modesto carvalho e Nelson eirizik – pág 530 – “O Capítulo VII-B, inserido na Lei n. 6.385/76, demonstra, inicialmente, a preocupação do legislador em incriminar condutas que eram tidas apenas como ilícitos administrativos. Tal postura é passível de críticas, uma vez que, conforme vem demonstrando a moderna teoria crítica do Direito Penal, não se deve tentar lograr a estabilidade das bases econômicas e financeiras de um Estado democrático mediante o uso de um instrumento repressivo, rotulador e, em princípio, irracional, como é o sistema punitivo criminal. Com tal procedimento, estar-se-ia, na realidade, procurando compensar a injustiça da estrutura socioeconômica com a irracionalidade no âmbito jurídico. Assim, a legislação penal da espécie reflete uma ‘nova onda’ punitiva, uma injustiça ‘politicamente correta’, a incorporar a idéia ingênua de que se poderia corrigir as desigualdades do sistema mediante a utilização arbitrária e opressiva dos instrumentos de repressão penal contra os mais ricos. Verifica-se, ademais, nos tipos penais introduzidos pela Lei n. 10.303/2001, uma incriminação de condutas até agora somente punidas administrativamente pela CVM, o que reflete na própria redação das normas; são elas extremamente imprecisas, fundadas em *standards*, cujo conteúdo somente poderá ser preenchido mediante a aplicação de disposições legais ou regulamentares do mercado de capitais, estranhas ao Direito Penal. Tal característica, a exemplo do que ocorre com a Lei n. 7.492/86, deverá causar grandes dificuldades aos aplicadores da Lei n. 10.303/2001, não familiarizados com o direito societário e com a disciplina legal do mercado de valores mobiliários. Finalmente, deve ser observado que a Lei n. 10.303/2001 previu penas privativas de liberdade, cumuladas com multa, quando já é consenso, na doutrina contemporânea do Direito Penal, que a prisão constitui uma realidade violenta, expressão de um sistema de justiça opressivo e desigual, devendo portanto ser utilizada o menos possível, como último recurso, no caso de delinquentes perigosos, para os quais não haja outra solução.

62 Benedicto Ferri Bastos, observando a ética no mundo corporativo, afirma: “Fechado este parêntese colateral, podemos abordar diretamente a questão da Ética na Economia, porque se supõe que, nesta matéria ela tem princípios

Não devemos esquecer que, como tudo na humanidade, com o passar do tempo, alteram-se os modos comportamentais<sup>63</sup>, o que deve ser observado, inclusive, para as condutas éticas, em que os bens materiais sempre tiveram certa importância, independentemente de local, classe social, etc.<sup>64</sup>.

---

próprios. Esta suposição nos parece falsa. A profusão de códigos e leis que pretendem disciplinar a atividade econômica parece, ao contrário, uma evidência de que ela é refratária à Ética. E, de fato, tanto a Política a Economia é um ramo de atividade entroncado diretamente na vontade do poder, que em si mesma é uma paixão capaz de dominar tudo o mais. A *auri sacra fames*, a fome do dinheiro, que rege supremamente a atividade econômica, pode ser interpretada ao mesmo tempo como uma paixão execranda que submete todos os impulsos altruístas, e como um santo pendor de posse a realização, sem o qual nenhuma atividade econômica adquire sua autenticidade. Desde a pechincha do preço à realização empresarial a mais alta, essa parece ser a energia e o princípio motor da Economia e a Economia pode ser entendida como uma judiciosa e eficaz utilização dos recursos. Esta colocação arquetípica do ideal econômico não escapa, como as outras atividades humanas, da confusa dualidade que caracteriza sua manifestação, onde Zoologia e espírito se mesclam de forma indestrinçável. Aqui, como nos demais casos, não se pode perder de vista o processo de civilização e educação que se desenvolve na coordenada temporal dos séculos e milênios, em que a cultura vai se depurando. E aqui, como nos demais casos, a Ética é o retor corretivo dos desmandos. Há uma tendência sociologicamente constatada de os diferentes grupos sociais desenvolverem Códigos de Conduta e Éticas próprias, de resultados ambíguos. A Éticas Profissionais podem, de um lado, servir como um instrumento de formulação de padrões elevados de conduta, como um sistema de seleção e autopoliciamento que tornam os princípios éticos mais atuantes e eficazes. Isso, no entanto, apenas na medida em que se conformam aos padrões gerais da Ética. Pois, de outro lado, quando pretendem se colocar como instância e foro privilegiado de julgamento, tendem a criar, como as justiça especiais, dificuldade ao controle externo, levantando uma barreira à fiscalização e sanção geral da lei e da sociedade, servindo de escudo a privilégios corporativos heteronômicos.” Benedicto Ferri de Barros – A Ética no Direito e na Economia – A Ética na Política e na Economia – pág. 190.

63 Celso Bastos, pág. 234 – Ética na Economia, leciona: “Mas é preciso atentar para o fato de que eles são a resposta da ordem jurídica aos anseios e às inspirações da comunidade num dado momento histórico. O Direito não cria esses valores do nada. Vai hauri-los justamente na formação cultural do povo nas últimas décadas. E a inquietação atual está centrada no respeito à dignidade da pessoa humana. Este é o sentido pela qual a Ética deverá caminhar. Este percurso está apenas se iniciando.

64 Neste sentido, Benedicto Barros, complementa: “Não só o coração tem razões que a razão desconhece; o bolso e as tripas também os têm. O equívoco fundamental dos idealistas e racionalistas de todas as eras foi o de ignorar, omitir ou minimizar esse fato, quando na realidade humana, como Schopenhauer vira, as entranhas ocupam um espaço e têm uma energia infinitamente superior à razão. O que, de sua parte, ele omitiu ou minimizou, foi o fato de que a vontade e as entranhas são capazes de reconhecer nos valores, na Ética, sobretudo, o único denominador comum capaz de pô-los de acordo e fazer abortar confrontos de outra forma mortais para todas as partes. A vontade de poder e a *auri sacra fames* (fome de dinheiro) são as duas únicas coisas infinitas na ‘natureza’ dos Sapiens-sapiens. Associados em simbiose obscena, como historicamente têm estado, são capazes de originar os insaciáveis burocratas negros em que tanto povos, nações e épocas têm se afundado e sido destruídos. Entretanto, contrapostas a essas paixões meramente zoológicas, encontra-se também no Sapiens-sapiens uma paixão singular, rara e mais poderosa do que elas, que é a de criar cultura sob o signo dos valores lógicos, éticos e estéticos. E é essa paixão tecendo a história humana constrói o reino Espírito, cidadela inexpugnável de sua sobrevivência como espécie, a Utopia universal e eterna do gênero humano, que o situa além da morte, do acaso e do destino. O respeito às variedades culturais etnologicamente dadas a essas características que singularizam o homem, não podem ir ao ponto de inviabilizar o julgamento axiológico, de borrar a distinção entre civilização e barbárie, de confundir o que é com o que deve ser. Que objetividade e significado restará ao conhecimento do humano quando essas questões forem consideradas impertinentes ou inaplicáveis? E é aqui que a Ética se impõe como o mínimo denominador comum

Assim, em razão de inúmeras experiências que passamos no século passado, novos valores surgirão para esse novo milênio, nos quais a economia tem uma preocupação especial com a ética, e, da mesma forma, o direito terá que ser mais do que um mero repositório de normas, para, ao invés disso, consagrar valores, explícita ou implicitamente embutidos na norma geral.

*Prima facie*, parece-nos que a economia é insuscetível de tratamento moral. Sempre temos a idéia que sua produção eficaz é a força motriz, e a sua eficiência é mensurada por fatores tecnológicos e racionais<sup>65</sup>, portanto, alheios aos fatores morais. Contudo, recentes experiências corporativas têm demonstrado que isso não é uma regra sem exceção, inúmeras empresas pelo mundo afora estão deixando de contratar com outras que exploram mão-de-obra infantil ou não respeitam normas ambientais, etc.

É claro que, durante muitos anos, e a história nos demonstra através de inúmeros casos, a busca da eficiência<sup>66</sup> criou diversas situações de imoralidade, como de cárcere privado em algumas fazendas brasileiras, trabalho infantil, com remuneração irrisória e condições insalubres, em outras palavras, exploração do homem de forma desumana. É evidente que, hoje em dia, pouquíssimas situações no mundo corporativo afrontam à dignidade humana, comparando-se a anos atrás, e pelo que nos parece essa conscientização aumentou muito nos últimos anos<sup>67</sup>.

---

entre os homens. Entretanto, sendo o homem o bicho que é, do ponto de vista da prática, em lugar de apelarmos para seu espírito com sermões éticos, melhor controlaríamos seu comportamento vigiando as contas públicas, os *monies and treasures* a que se referiu Bacon. Posto que sendo o dinheiro o meio social máximo para a realização dos fins e o bolso o órgão mais sensível do ser humano, é por aí que a Ética chegará mais facilmente à Política.” Benedicto Ferri de Barros – A Ética no Direito e na Economia – A Ética na Política e na Economia – pág. 191/192.

65 Celso Ribeiro Bastos: “Ao contrário da Ciência do Direito, a da Economia – embora pressuponha a existência de uma atividade humana especificamente econômica – tem-se revelado distante das preocupações éticas, é dizer, das noções de bem, mal, dever, obrigação e responsabilidade. Tem-se a impressão de que as inquietações econômicas se resumem a definir preços, taxas de juros, lucros, rendas que possam explicar os fenômenos econômicos. Um mundo econômico, pois, insensível aos valores que levam o homem a comportar-se de modo mais harmonioso. A realidade econômica, contudo, é bem mais complexa. John Kenneth Galbraith, professor emérito da Universidade de Harvard, alerta que ‘a redistribuição dos rendimentos continua, porém, a ser para os economistas o assunto mais difícil de tratar. E conclui: ‘O problema mais importante de toda a análise e ensino da economia é o que determina os preços que se pagam pelos bens e pelos serviços prestados. E como é que são distribuídos os resultados desta atividade econômica. E o que é que determina a parte que vai para os lucros e, se bem que de forma menos distinta, a que vai para a renda da terra e para outros meios fixos e imutáveis utilizados na produção”, *in* Ética na Economia – Ética no Direito e na Economia – pág. 226”.

66 Luiz Edson Fachin, entende que, “a ética e boa-fé, sob o aspecto do purismo conceitual, fazem parte de universos isolados. Na clássica visão do Direito Civil, entendida esta com olhos voltados a codificação napoleônica, seria até mesmo inconcebível a possibilidade de justaposição de temas tão distantes. A ética não encontra espaço no plano da ideologia liberal clássica, comprometida, somente, com a circulação de riquezas, principalmente a imobiliária, pela via contratual ou sucessória *causa mortis*. (rodapé: Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo – Luiz Edson Fachin – coordenação – artigo: Paulo R. Ribeiro Nalin – Renovar – Rio de Janeiro – 1998 – pág. 173 a 210.

67 Celso Bastos: - pág. 234 – Ética na Economia: “Mas é preciso atinar para o fato de que as idéias econômicas, por mais técnicas que nos possam parecer, sempre deverão pautar-se pelo sentido da Ética. E é assim que tem ocorrido

Portanto, para harmonizar a eficiência das grandes corporações, com distribuição de riqueza, numa economia de livre iniciativa, deve ser realizada a cooperação das sociedades empresárias, ou seja, por seus administradores, com a colaboração do Estado, que, ao contrário de vários anos que esteve ausente, deve intervir para regulamentar de forma ordeira, estimulando, disciplinando e retirando obstáculos jurídicos<sup>68</sup>, no intuito de que a mesma se realize de forma plena, mas, por outro lado, não deixando, na auto-regulação.

Portanto, não existe nada de ilegítimo em a sociedade empresária auferir lucro, nos moldes da nossa norma geral, contudo, o que se busca é conscientizar, do dever moral desta, ao incorporar esse *mister*, de orientar suas ações, segundo parâmetros éticos.

## VI. CONCLUSÕES

Vale aqui fazer uma observação, para concluir que esse novo milênio trará inúmeras mudanças sociais, econômicas e culturais ao mundo inteiro pela influência da globalização. No que diz respeito ao Direito brasileiro, essas novas concepções devem ser percebidas pela coletividade e principalmente, pelos nossos julgadores – judicial ou administrativamente - não como se fosse uma panacéia, mas como objeto de reforma para algo que está tentando recuperar a equidade, quem sabe perdida nesse imenso universo de leis, tratados, convenções, decretos, portarias, instruções, resoluções, ordens de serviços, etc., atualmente existente no mundo do direito. Para Georges Ripert “*não devemos acreditar na evolução fatal do direito, e considerar toda reforma como um progresso, nem tampouco negar cegamente a necessidade de fazer evoluir o direito e reformar instituições*”<sup>69</sup>.

---

na história do pensamento econômico. Assim se deu com o liberalismo, assim sucedeu com o socialismo. Muito embora se esteja preocupado em explicar toda a trama em torno do fato econômico. Seja do ponto de vista do Estado como o detentor do meio de produção, seja da parte da iniciativa privada, como instrumento regulador por excelência da Economia -, o certo é que nunca poderá se perder de vista a perspectiva humana. Afinal, a finalidade precípua desses sistemas tem sido a de melhorar a qualidade de vida dos homens, ou, melhor dizendo, a busca da plena satisfação das necessidades da coletividade. E quem obteve maior êxito foi o Estado Liberal, tanto que há um predomínio deste sistema no mundo. O liberalismo é, sem sombra de dúvida, o verdadeiro propulsor da civilização moderna”.

68 Miguel Reale leciona que: “Diríamos que o Direito é como o rei Midas. Se na lenda grega esse monarca converteia em ouro tudo aquilo que tocava, aniquilando-se na sua própria riqueza, o Direito, não por castigo, mas por destinação ética, converte em jurídico tudo aquilo em que toca, para dar-lhe condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais”, in Lições Preliminares de Direito, São Paulo, Saraiva, 27ª. ed. ajustada ao Novo Código Civil, 2003, p. 22.

69 Georges Ripert, in *O regime democrático e o direito civil moderno* - São Paulo, Saraiva, 1937, pág. 445.